
LIBRIS
D.D. BIBLIOTH. GAND.

DOCTRINA

DE

CONDICTIONE CAUSA DATA CAUSA NON SECUTA IN CONTRACTIBUS INNOMINATIS.

AUCTORE

D. CAROLO GEORGIO WAECHTER.

PROFESSORE TUBINGENSI.

TUBINGAE,

SUMTIBUS LAUPPII.

MDCCCXXII.

PATRI CARISSIMO

EBERHARDO DE WAECHTER

CONSISTORII WURTTEMBERGICI DIRECTORI

REG. WURT. ORD. MERITOR. CIV. EQUITI

IN

PIETATIS ET AMORIS

MONUMENTUM

D. D. D.

FILIUS.

Praefatio.

Opusculo huic tum de fine, quem mihi in scribendo eo proposui, tum de iis, quae alii de eadem, quam tractaturus sum, doctrina scripserunt, haec praemittenda mihi esse duxi:

Jus Rom. privatum et jus poenale inde a tribus annis praelectionibus academicis tradenti varia mihi occurrebant, de quibus quae hucusque prolatae sunt sententiae tum accuratius pleniusque firmandae, tum vero hac vel illa ex parte impugnandae videbantur, mihique in animo erat, quae de illis sentirem, variis observationibus publici juris facere, peritiorumque judicio proponere. Prima observatione de condictione causa data causa non secuta, quatenus contractu innominato facto competat, quaedam expositurus eram, tum quia videretur causa, origo et funda-

mentum ejus ita, ut satisfacere possit, nusquam demonstratum, nec, quibus rationibus differentia inter contractus nominatos et innominatos quoad condictionem hanc ex capite causae non secutae niteretur, satis explicitum, neque, quomodo cum generalibus juris praeceptis et toto systemate cohaereat condictio ista satis expositum, multaque, quae nequaquam ad condictionem contractu innominato facto competentem pertinent, perperam huc trahi, hasque ob causas casus, in quibus condictio competat aut cesset, tum minus recte tum saltem ex rationibus et argumentis, quae pro parte haud probanda esse existimabam, poni; tum denique, quia veterum et recentiorum scriptorum de hac condictione disputationes et inprimis eos libros, quibus totius juris Rom. principia enucleata traduntur, perlegenti observatio quaedam cel. *Hugonis* a) etiam in hanc doctrinam quadrare mihi videretur.

---

a) „Der Satz, dafs bey uns jeder Vertrag so gut

In elaborando autem capite isto, quod non nisi partem variarum observationum collectionis fieri volueram, disputationem sensim ita augeri videbam, ut separatim eam edendam curarem.

Finem opusculi hunc mihi proposui: condictionis ob causam datorum, quatenus in iis conventionum formis, quas Romani ad contractus innominatos referebant, occurreret, originem, fundamentum et naturam eruere, quomodo cum generalibus juris principiis cohaereat, investigare, inde casus, in quibus competat vel cesset, deducere, et ex hac via profectus disquirere institui, num et apud nos secundum praecepta, quae jus Germ. commune de conventionum vi et natura statuit, in contractibus innominatis adhuc usus ei tribuendus sit. Necessarium autem insuper duxi, casus aliquot, qui contractibus

„sey, wie eine stipulatio, findet sich überall, „aber man bleibt ihm nicht immer getreu." *Hugo* Lehrbuch des heutigen Roem. Rechts. §. 232. not. 1. (Ed. VI. 1820).

innominatis non accensendi sunt, in quibus autem condictioni persaepe locus est, adjungere, eosque pleniori interpretatione tractare, cum plurimi scriptores, similitudine quadam, quae his casibus cum contractibus innominatis est, inducti, non satis acute hos casus a contractuum innominatorum formis et praeceptis quoad condictionem nostram distinxerint, et quae de his casibus leges statuunt, invitis juris Romani praeceptis ad condictionem circa contractus innominatos traxerint. Necessarium ergo videbatur, de condictione, donatione sub modo inita, aut dote praerogata nuptiis vero non sequentibus etc. competente, accuratius quaedam exponere.

Hoc vero, ut moneam, superest: ex duplici capite et causa condictio ob causam datorum competere potest, *tum ob causam non secutam*, *tum*, ut vulgaris opinio est, *semper*, ubicunque per rei naturam fieri potest, aut, uti Gansius nuper exposuit, non nisi in *certis quibusdam* casibus, *ex mera dantis poenitentia.* Licet jus poenitendi generale, quocun-

que contractu innominato inito, competere ponas: tamen hae duae causae, ex quibus condictio locum habere potest, diligenter et accurate distinguendae et separandae sunt, ut eas ex antiquioribus optime et accuratissime Retes et Voëtius separaverunt, et ipsae leges nostrae in iis casibus, in quibus jus poenitendi competit, diligenter utramque condictionis causam separant. *Hac disputatione non nisi de condictione, quae ob causam non secutam competit, agere proposui,* cum utriusque illius condictionis causae natura separatam talem disputationem nequaquam impediat, (ut jam Retes in opusculis penitus eam et quidem scite sejunxit); cum porro jus istud poenitendi infinitum in contractibus innominatis num jure Romano receptum fuerit, magnam dubitationem mihi cum Gansio habere videatur [b]), idque, quod-

b) Si principia generalia spectas, gravissimum hoc mihi contra jus poenitendi argumentum esse videtur, quod *Gansius* ex pacti exceptione, quamquam obiter tantum (Ueber Roem. Obligatio-

cunque de eo jus Romanum statuerit, certe omnino apud nos cesset (in quo et longe major scriptorum pars consentiunt); cum denique, quamquam poenitentia ista jure Romano

---

nenrecht. Heidelb. 1819. p. 198.) repetit. Si una pars ex pacto impleverat, exceptio pacti data repetenti obstabat. *Quomodo vero eo, quod pacta obligatoria postea maximam partem, simulac una pars impleverat, in contractus abibant; obligationem ergo pariebant, firmiusque partes vincire debuissent, fieri potuit, ut is qui dederat, usque dum alter quoque impleret, omni vinculo liberaretur, cum hoc casu antea ad rem datam accipienti relinquendam obligatus fuisset??* At, objiciet quis, pactum *non nisi quoad dantem* in contractum abit, et non nisi accipientem obligat. Recte quidem; sed nihil rationis afferri potest, cur hoc dantem juris officio liberet, quo jam ex pacto nudo obstrictus erat. Probe hoc sensit *Poehls* (Darstellung der Lehre von den Innominat-Contracten, hauptsächlich gegen *Gans*. Heidelb. 1821.), ideoque non nisi ita se expediri, jusque poenitendi infinitum defendi posse vidit, ut negaret, praetorem ex pactis obligatoriis affirma-

concessa fuerit, ἀνόμαλον quid sit, de quo ratio probabilis nulla afferri possit, ideoque de condictione ex hoc capite descendente nihil aliud notari possit, nisi: „competit ex „mera poenitentia et voluntatis mutatione „ejus, qui ex sua parte implevit, non ex „defectu adversarii, ergo et antequam con„stiterit, defectam esse causam.“

His causis motus hanc condictionis causam, in praesentem disputationem et in finem, quem in conscribendo opusculo hoc mihi proposueram, nullius momenti, hac disputatione omittere posse putavi. Omisi praeterea, de quaestione, utrum condictio nostra ad actiones stricti juris, an ad actiones bonae fidei pertineat, anque usurae in ea veniant, copiosius disserere. Eam actionibus stricti juris ac-

---

tivis exceptionem dedisse. Sed hoc verum non esse, sequenti disputatione (§. 2.) monstrasse credo.

Cetera, quae juri poenitendi repugnent argumenta proferre, locus hic non est, nec consilio opusculi jubetur.

censendam esse, ut omnes, quae occurrunt condictiones, a Gansio l. c. p. 22. sq. satis monstratum esse arbitror, et quae de usuris et aliis accessionibus statuenda sint, jam alii sufficienter exposuerunt c).

Quod ad eos, qui hucusque de condictione ob causam datorum scripserunt, attinet, eum, qui ad rem tractandam novissimus accedit, existimare patet, eos, qui ante ipsum de eadem re scripsere, hinc inde a vero aberrasse, et addenda atque supplenda quaedam reliquisse, seque novi aliquid, firmioribus rationibus nixum, allaturum esse. Sola enim haec, quae eum ad scribendum impellet, causa esse potest. Num autem vera

c) Cf. *Glück* Erläuterung der Pandecten, T. XIII. p. 27—29 et *Gans* l. c. Usuras in ea venire non posse, ex ejus natura apparet, ne ex morae quidem tempore, cum actio stricti juris sit. Qui vero apud nos omnes actiones bonae fidei esse contendunt, etiam nunc *apud nos* usuras ex mora in ea venire concedant, necesse est.

existimaverit, peritiorum judicio relinquendum.

In Commentariis jur. R. et in compendiariis libris, quantum mihi innotuere d), ea,

---

d) Adii inprimis, ut et ex disputatione ipsa apparebit:

Glossam.

Odoffredi Praelectiones in Tit. Dig. et Cod. de condictione nostra.

Cujacii opera.

Sichardi Comm. in Codicem (Francf. 1598.)

Duareni Comm. in hunc Tit. Dig. et Cod. (in Opp. Fcf. 1598. p. 896. sq.)

Donelli Commentar. Jur. Civ. XIV. 20—24.

Ejusdem Comm. ad Lib. Quart. Cod. paralipom. (c. praef. N. Reusneri. Fcf. 1602.)

Ejusdem Comm. ad Tit. D. de praesc. verb. act. (in ejusd. Comm. ad 2—4, 6 et 8. Lib. Cod. etc. Fcf. 1599. p. 766. sq.)

M. Wesenbecii Comm. in Pandect. (Basil. 1629.)

Althusii jurisprud. Rom. Basil. 1579. I. 42—44. II. 8.

quae in praefationis initio inter causas, quibus ad scribendam hanc dissertationem motus

---

H. Vulteji Jurisprud. Rom. Marp. 1590 I. 41. II. 8.

Regn. ab Vosterga Censur. Belg.

Ant. Perez Comm. in XXV. Libb. Dig. Amst. 1669.

Ejusdem Comm. in Cod. Lovan. 1651.

Lauterbach Colleg. Pandectar.

I. Schilter Exercitatt. ad Pand. S. Prax. jur. Rom. in for. Germ. Ed. III. Fcf. et Lips. 1713.

Franzkii Comm. in XXI. Libb. Pandect. Argent. 1644.

H. Zoesii Comm. in L. Libb. Dig. Ed. M. Naurath. Mogunt. 1673.

Ulr. Huberi Praelect. Jur. Civ. Lips. 1735.

I. Voët Comm. ad Pandect.

C. v. Eck Princ. jur. civ. sec. ord. Dig. Traj. ad Rh. 1713.

Strychii Us. Modern. Pandectar. Hal. 1712.

Westenberg Princ. jur. Rom.

Ant. Schulting Not. ad Dig. ed. Smallenburg. T. III. 1820.

sim, attuli, modo magis modo minus desideravi. Inter eos, quos not. d. laudavi, *Voëtius* et *Stryckius* meliora de condictione scripsisse mihi videntur, quamquam praecipua quaedam, et quae in hac doctrina momentum faciunt, minus recte ab eis exposita esse crediderim. *Donellus*, quo excellit acumine ingenii, in sententias ancipites dubiasque se proripi passus, certe acuta magis et subtilia, quam vera et verae condictionis naturae legibusque nostris consentanea defendit. *Duarenum* mirabar tam exilia et ab ingenio, quod plerumque ei tribuitur, aliena et nequaquam cum iis, quae Donellus et Retes habent, comparanda, de hac doctrina pro-

---

I. H. Boehmer Introd. in jus Dig. Ed. XII. 1773.

Hellfeld Jurisprud. forens. Ed. V. 1779.

Hofacker Princ. jur. Rom. (T. III. cur. Ch. Gmelin).

Glück Erläuterung der Pandect. inpr. T. XIII. et XVIII., et quae hoc seculo prodiere com-

ferre (cf. quoque v. g. infra not. 72. 73.). Maxime vero insulsa et perversa, quae unquam de condictione hac scripta extant, apud *Althusium* invenies [e]).

---

pendia, v. c. a Günthero, Hufelandio et Schweppio aliisque conscripta. Thibaut in libro: System des Pandectenrechts de condictione nostra non speciatim agit.

e) Exempli gratia non nisi haec ex ejus jurisprud. Rom. afferam. Ait Lib. I. cap. 42.: „in contractibus innominatis, si altera pars cesset stare „pacto, licet illi, quae promissum solvit, *con-„dictione praescriptis verbis* (!) repetere, quod „dedit, l. 3. et ult. h. t. aut agere ad inter-„esse" etc. Eod. loc. cap. 43. 44. contractus innominatos ita dividit: „1) aut negotium tam „ambiguum est et multiplex, ut incertum sit, „ad quam contractus nominati speciem referen-„dum sit; — — hujus generis est contractus „aestimatorius et permutationis; — — 2) aut „apparet, quale sit negotium et certum est, „quale illud sit, sed redigi ad ordinem con-„tractuum nominatorum, licet cum his compa-„rari possit, nequit. — — Hujus generis esse

Tum inter scriptores supra allatos, tum inter eos, qui speciatim de condictione nostra scripserunt, ante omnes excellit *Retes* f), apud quem multa de condictione nostra ornate, acute et planius explicita et accurate atque doctissime disputata leguntur; sed quod generalia principia generalesque rationes attinet, veram condictionis naturam ejusque fundamentum non in totum cepisse et saepius acumine magis, quam veris sententiis excellere videtur.

De ceteris, qui sigillatim condictionem tractandam susceperunt, haud multa in eo-

---

„ait, *contractum ex praescriptis verbis* (!), qui „incertis formulis ex praesenti negotio sumtis „concipiatur, et ad varia negotia, ut Lesbia re„gula, aptetur." Dici eum „ex praescriptis ver„bis, quia rem gestam secundum tenorem con„ventionis et rei gestae demonstret ante scriptis „verbis (!!)."

f) *Jos. Fern. de Retes* Opusculor. Lib. II. Sect. II. et III. in nov. Thes. jur. civ. a G. Meermanno ed. Tom. VI. p. 118. sq.

rum laudem afferri posse existimarim. Sic v. c. *Andr. Cludius* g) in vasto opusculo de condictione nihil usquam novi propriive affert, sed non nisi pervulgata praecepta decantat, modo hujus, modo illius scriptoris de eadem re sententias, quamquam penitus inter se repugnantes, ut suas profert (cf. v. g. infra not. 50. 55. 70.), prolixe, quae jam sponte liquent, explicat, difficiliora omittit, et saepissime ab eo, quod sibi tractandum proposuerat, aberrat (sic e. g. in cap. 6to tractatus cit. quod, ut ipse inscribit, praxin hujus actionis [condictionis] contineat, totius paene processus civilis principia explicat, condictionem vero vix verbo attingit) ita, ut quisque quam maxime defatigatus a lectione hujus libri recedat. Idem dici poterit de disputationibus *Fromanni* h), *Hahnii* et *Stra-us*

g) Tr. de condictione causa data causa non secuta et de condict. ob causam dator. Mogunt. 1610. 175 pagg. 4.

h) D. de contractuum nominatorum et innom. differentiis. Tub. 1671. 4.

sii [i]). *Lauterbachius* in Diss. de condictione causa data causa non secuta (in ejus Diss. acad. T. IV. Diss. 145.) non nisi, quae in ipsius collegio Pandectar. de hac condictione inveniuntur, profert, et *Ant. Mathaeus* k) non nisi perfunctorie de nostra condictione agit [l]).

Utrum vero hic quoque libellus non nisi *superfluam* librorum multitudinem auxerit, an

---

i) Hahn D. de condict. causa data causa non secuta; *C. Strauſs* D. de condict. causa data etc. Viteb. 1670.

k) Diss. de contractibus innom. in ejusd. Diss. de obligatt. XLII. Ultraj. 1660. 12. Diss. VIIma.

l) C. R. *Schoulz ab Ascheraden*, Comm. de contractib. Rom. Gryph. 1818. 4. et *Poehls* not. b. cit. non ex professo de condictione ob causam datorum agunt. *Hoegerum* (Diss. de usu condictionis causa data etc. Alt. 1714.) aliosque, qui in Lipenii opere ejusque continuationibus afferuntur, videndi copia mihi non data.

ad doctrinam de condictione ob causam datorum et generatim ad juris disciplinam juvandam aliquantulum fecerit, peritiorum sit judicium.

Tubingae, Jun. 1822.

C. I. G. S. Waechter.

Conspectus.

β) Fundamentum condictionis, contractu innominato inito competentis. Aliorum sententiae exponuntur et recensentur. §. 6.

a) Casus aliquot, in quibus cessat condictio, recensentur, inprimis

b) Causâ ob casum fortuitum non secutâ (fr. 5. §. 1. D. de praesc. verb. item fr. 15. §. 6. Locati junct. c. fr. 1. §. 13. de extraordd. cognitt. et const. 11. C. h. t. explicantur) §. 7b. Interpretatio fr. ult. D. h. t. α) Aliorum de hoc fragmento sententiae afferuntur et refutantur. — §. 8. β) interpretatio fri §. 9.

c) Aliorum sententiae de posteriori illa specie (b) recensentur. (Disputatur inter alia de const. 10. C. h. t. et fr. 5. §. 2. 3. D. h. t.) §. 10.

d) Continuatio casuum, in quibus condictio cessat. §. 11.

Cap. IV. *Casus aliquot condictionis ob causam datorum et sine causa, qui plerumque cum condictione ob causam datorum circa contractus innominatos perperam confunduntur, sed singularibus plane rationibus reguntur.* §. 12—15. p. 88—109.

I.) De condictione, quae, donatione sub modo inita, competit.

a) notio donationis sub modo. §. 12.

b) condictio circa donationem sub modo. (fr. 2. §. ult. D. de donatt. et const. 8. C. h. t. explicantur) §. 13.

II.) De condictione, quae dote data, nuptiis vero non secutis, locum habet (Interpretatio const. 1. C. h. t.) §. 14.

III.) Tertius condictionis non ad contractus innominatos pertinentis casus recensetur. (fr. 1. §. 1. fr. 2. fr. 13. D. h. t. fr. 65. §. 3. de condict. indeb. explicantur) §. 15.

CAPUT I.

Origo et fundamentum condictionis causa data, causa non secuta, praesertim circa contractus innominatos.

§. 1.

Romani ut pleraeque, quae primam aetatem agunt, gentes adsolent, non omni conventioni plenam vim et potestatem tribuebant, sed antiquiori praesertim tempore, ne civis ex temeraria et inconsulto forte data promissione statim actione teneretur, serio potius, ante promissum, quid promissurus esset, et quae ex promisso nascerentur, perpenderet, his tantummodo conventionibus, quae modo solenni, quem leges aut consuetudo poscebant, initae fuissent, obligationis [1]) vim addebant. [2]) His ex causis antiquitus eae tantum

1) I. e. juris vinculi, quod *actionem* parit. Haec enim mens est obligationis κατ' ἐξοχήν. vid. infr. not. 10.)

2) *Langsdorf* (in tract. de pactis et contractib. Rom. etc. Mannh. 1772.), *Griesinger*, (von der Verbindlichkeit der Verträge. Tüb. 1793. §. 4.) et novissime G. Garszynski, D. de origine stipulationis. Vratislav. 1821. 4. §. 3. aliique contendunt, quamcunque conventionem *initio*

conventiones ad agendum erant efficaces, quae, forma quadam solenni adhibita, ex re initium capiebant, (*nexum* et inde *quatuor contractus reales*) et eae, in quibus ineundis partes *verbis* solennibus utebantur (*contractus verbales*); scriptura deinde etiam quadam fieri poterat obligatio (*contractus literales*). Mox vero, vitae rationibus et negotiis crescentibus, et exinde usu exigente et humanis necessitatibus, iis conventionibus, quas quotidie et saepe circa minutissimas res celebrari videmus, ut obligationem pariant, modos solennes praescribere incongruum visum, ita ut iis, neque re, neque verborum solennitate neque scriptura interveniente, obligationis effectu tribueretur, dummodo id adesset, cui quaeque conventio innitatur necesse est, verus scilicet partium consensus in idem placitum (*contractus consensuales*).

Haec tantum quatuor conventionum genera secun-

---

apud Romanos obligasse, et crescente demum republica patricios formas et modos praescripsisse, quibus non adhibitis conventio obligandi vi destitueretur. Argumenta autem, quibus hanc ab ingenio populi puerilem aetatem agentis alienam opinionem firment, nullas proferunt; cum moribus vero ingenioque veterum Romanorum eorumque ex his enato jure nostra sententia. quam plerique scriptores, in quibus etiam *Hugo* (Röm. Rechtsgeschichte. Ed. 7. §. 121.), amplectuntur, certe quam maxime congruere videtur.

dum jus civile antiquius actionem variebant, et ob id *contractuum* nomine insigniebantur. [3]) Ceteris conventionibus *pactorum* nomen erat, quae antiquissimis temporibus non tantum ad actionem erant inefficacia, sed penitus, paucis speciebus exceptis [4]) omni vi carebant (*pacta nuda*), donec praetori congruum fidei humanae videretur, quaecunque inter partes serio placuissent, servari. Edixit ergo, se pacta, absque dolo malo, nec adversus leges etc. inita, tuiturum, at, ne ea, quae non sine ratione hucusque viguerant, praecepta nimis offenderet, non quidem actione [5]), sed tantum exceptione. Hoc edicto alteri quidem generi pactorum, quae liberatoria dicimus, plenus paene effectus tribuebatur, is saltem, quem partes eis inesse volebant, cum debitor exceptione tutus actione non indigeret. Quod vero ad ea pacta, quae obligatoria et affirmativa vocamus, pertinet, juris civilis praecepta non admodum minuebantur illo praetoris edicto. Is, qui se aliquid daturum vel facturum pacto promiserat, pacto non erat adstrictus, neb actione ad servanda promissa compelli poterat. Non

3) D. 2. 14. (d. pact.) fr. 7. §. 1. 2.

4) Exceptiones jam in XII. tabb. inveniuntur.

5) Nulla in ea re *quoad actionem* dubitatio erit, nec singularem Mauvertii sententiam, ab aliis justo prolixius refutatam et explosam, denuo refellendam esse censeo.

nisi tunc, cum res eo deducebatur, ut creditor exceptione contra promittentem uti, et quae ipsi promissa erant, sibi exceptione servare posset, praesertim ergo, simulac promittens ultro, quae promiserat, impleverat, pactum vim exserebat, et debitori, quae ex pacto dederat repetituro exceptio pacti obstabat, cum, ut recte Voëtius notat, subsecuta ad pactum solutio satis demonstret, eum, qui pacto promiserit, habuisse animum se obligandi, nec inconsideratam fuisse sermonis jactantiam, sed seriam promissionem.

Haec vero, quae de pactorum affirmativorum vi dixi, a nonnullis scriptoribus nostrae quoque aetatis in dubium vocantur, ideoque non abs re erit hoc loco sententiam vix prolatam, arctius cum sequenti disputatione cohaerentem, accuratius probare et confirmare.

§. 2.

Contendunt enim nonnulli, [6]) et inter hos novissimus M. Poehls [7]): Edictum non nisi de pactis de non petendo loqui, praetorem vero nequaquam id

6) *Noodt* de pactis et transactionib. cap. 6., inprimis vero *Galvanus* de usufructu cap. 16. *Hoepfnerus* quoque (Comm. in Inst. §. 747. not. 6.) in hanc sententiam inclinat.

7) Versuch einer gründlichen Darstellung der Lehre von den Innominat-Contracten, Heidelb. 1821. p. 85 – 88.

egisse, ut pacta obligatoria exceptione firmaret. Argumenta, quibus hoc probetur, haec afferuntur: 1) in (fr. 45.) D. 2. 14. (de pact.) generaliter dici: pactum nulli prodesse; 2) omnes locos, qui de pactorum effectu agent, non nisi de pactis de non petendo loqui [8]); porro 3) huc facere edicti ordinem; denique 4) „Praetorem tantum voluisse adjuvare legem XII. tabu„larum, non nisi de pactis ne petatur loquentem, ne„que tamen omnibus, sed legitimis et solennibus [? de „solennitatibus lex XII. tabularum nullibi loquitur], „praetoremque motum aequitate exempli edicto suo „caetera pacta confirmasse, modo similiter ad tollen„das lites pertinerent (vid. Noodtium et Galvanum „l. c.)"

Postremum, a Noodtio inprimis allatum, argu-

8) Poehls p. 86. Idem contendit, pacto *obligatorio* inito, exceptionem pacti nihil penitus sibi velle; quod vero his, quae sub finem §. supra dixi, refutatur. Objicit autem his Poehls, pactum obligatorium, simulac debitor promisso steterit, in contractum innominatum abire. At hoc 1) nequaquam perpetuum est, cum *non omnia* pacta obligatoria, simulac alter impleverit, in contractus innominatos abeant (cf. Poehls §. 7.) 2.) certe edictum de pactis antea constitutum erat, quam praecepta de contractibus innominatis obtinerent. Quae igitur Poehls monet, non nisi ad jus Romanum paullo recentius, neque vero universim, pertinere possunt.

mentum (nr. 4.) opinione nec probata, nec probabili niti, jam Glückius 9) monet, et sequentia monstrant.

Edicti vero ordo locusque, quem titulus de pactis in Digestis obtinet, ad quos inprimis Galvanus †) provocat, nihil omnino probant, cum pacta de non petendo, si de exceptionibus, quibus pacta praetor firmaverat, quaeris, obligatoriis pactis omnino graviora et frequentiora sint. Hac etiam ex causa, et quia *eo tempore, quo ii, e quorum libris fragmenta in Digesta migrarunt, vigebant*, pacta obligatoria, cum altera pars implevisset, in contractum innominatum abirent (cf. not. 8) titulus de pactis paene non nisi de pactis liberatoriis loquitur. Errat autem Poehls, omnes contendens corporis juris locos, qui de pactorum vi agant, tantummodo pactorum liberatoriorum mentionem facere. Iam fr. 7. D. 2. 14. (de pactis) huic repugnat.

Hoc enim fragmentum non solum de pactis de non petendo, sed etiam de pactis affirmativis usque ad §um 6. agere, negari nequit (cf. inpr. §. 2. 5.),

9) Erläuterung der Pandecten T. IV. p. 47.

†) Galvanus l. c. edictum de pactis, ait, collocatum fuisse a Iuliano inter edicta de edendo atque de in jus vocando; praetorem ergo de illis duntaxat pactis egisse, per quae minatus litem actionis editione, subinde paciscitur de non petendo; quod si factum non esset, ad in jus vocationem procederetur.

et nihilo secius Ulpianus *media* inter exempla *de pactis obligatoriis* simpliciter ait §o. 4.: „cum nulla sub-„est causa propter conventionem, hic constat, non „posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio non „parit obligationem [10]), *sed parit exceptionem*;“ et de allatis ab ipso pactis obligatoriis non nisi monet: „non valebunt, *si agat* (creditor), ne ex pacto *actio* „nascatur.“

Praeterea alii permulti sunt loci, qui nominatim de pactorum affirmativorum vi loquantur, atque exceptionem ex iis nasci dicant. Praeter fragmenta jam a Glückio l. c. laudata, [11]) (quae vero haudquaquam principalibus, huc pertinentibus, adnumeranda sunt) huc inprimis spectant:

D. 23. 4. (de pact. dotal.) fr. 26. §. 4. (*Papinianus* Responsor. IV.) „Filia, cum pro se dotem pro-„mitteret, pepigit: ut, si in matrimonio sine lib ris „decessisset, matri suae dos solvatur. Pacto filiae

---

10) I. e. talem obligationem, ex qua actio nascitur. Ex hoc fragmento, quod obligationi opponit exceptionem, apparet, obligationem κατ' ἐξοχὴν apud Romanos semper significasse eam obligationem, quae actionem parit. Hoc etiam ex aliis locis convinci potest v. c. fr. 7. §. 2. eod. l. 3. 14. (de obligatt.) pr. §. 1. cf. et D. 50. 16. (d. V. S.) fr. 10. 108.

11) D. 2. 14. (d. pact.) fr. 40. §. 3. fr. 45.

„nulla matri quaeritur *actio*; si tamen heres puellae „marito pecuniam dotis solverit, viro contra placita „petenti dotem obstabit *exceptio*.“

Item C. IV. 32. (de usur.) cst. 3. (*Severus et Antoninus* Juliano): „Quamvis usurae foenebris „pecuniae citra vinculum stipulationis peti non pos„sint: tamen *ex pacti conventione solutae neque ut „indebitae repetuntur, neque in sortem accepto fe„rendae sunt*.“

Item const. 22. eod. (*Philippus* Carino): „Pi„gnoribus... intervenientibus, *usurae, quae sine sti„pulatione peti non poterant, pacto retineri „possunt*.“ Ex his constitutionibus illustratur etiam const. 28. C. 2. 3. de pactis (*Dioclet.* et *Maximinianus* Leontio), quae penitus nostrae sententiae favet. Ait enim:

„Si certis annis, quod nudo pacto convenerat, „datum fuerit, ad praestandum *in posterum* indebi„tum solutum obligare non potuit eum, qui pactum „fecit, nisi placitis stipulatio intercesserit.“

Multi in explicanda hujus textus mente a vero ejus sensu aberrarunt [12]). At ne minima quidem existit difficultas, mensque constitutionis, si cum ea const.

12) Cf. e. g. *D. Gothofredum* ad h. l. Idem dici poterit de interpretatione, quam *Donellus* ad h. l. in Comm. ad Tit. Cod. de pactis exhibet.

8 et 22. citt. contuleris, manifesta est. Respondent enim imperatores: quidquid ex pacto debetur, creditor, qui debitum *accepit*, retinere, *quoad praeteritum* exceptione se defendere potest (const. 8. et 22. cit. cf. et not. 14), *actione autem*, *quod pacto convenerat*, *exigere* nequit („*ad praestandum in posterum* etc.“). *Indebiti* vocabulum, quo haec constitutio utitur, et quod interpretes varie cruciavit, nequaquam id, quod *nullo modo*, *omnino non* debetur, sed tantum tale debitum significat, quod *actione* exigi nequit [13]). Hanc hujus vocabuli vim esse docent, tum quae in nota 12. allata sunt, tum const. 3. cit. et inprimis D. 46. 3. d. solutt. fr. 5. §. 2. (*Ulpianus* ad Sab. XLIII.), quod fragmentum, etiam nostrae supra de pactorum affirmativorum vi prolatae sententiae praecipue favens, eas usuras, quae „*non ex stipulatione, sed ex pacto* „*naturaliter debentur*“ *indebitas* vocat, et creditori, earum nomine ex pignore distracto sibi

13) Eodem modo fr. 10. d. V. S. (*Ulpianus* ad Edict. VI.) ait: „si naturaliter debetur, non sunt loco debitorum“, et fr. 108. eod. (*Modestinus*, Pandectar. IV.) „debitor „intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest,“ similiter et fr. 7. §. 4. cit. de pact.: „obligationem *non* „*parit*, *sed* parit exceptionem.“ *Indebiti vocabulo* in const. 28. cit. *obligatio κατ' ἐξοχὴν negatur*.

satisfacere permittit, ac nominatim adjicit, *usuras ex pacti conventione datas repeti non posse* [14]).

Idem exhibent de pacti affirmativi effectu constt. 4. et 14. C. 4. 32. (d. usur.) [15]). Quid, quod ipse Poehls loca quaedam allegat, quae huc intendunt, v. c. J. 4. 14. (de replicatt.) pr.

Ex his apparet, pactum affirmativum *obligationem naturalem parere*, i. e. eam obligationem, ex qua creditor agere nequit, sed quae retentionem ejus operatur, quod ex ea solutum est Si pacta illa ad exceptionem non proficerent, ex eis solutum omni modo esset indebitum; at in titulis de indebiti condictione, qui tot indebite datorum exempla cujuscunque generis afferunt, ne unum quidem indebiti condictionis, qua ex pacto affirmativo solutum repeti possit, exemplum occurrit. Accedit, quod nullus

14) „Imperator Antoninus . . . rescripsit: cum distractis pignoribus creditor pecuniam redegit, si sint usurae debitae *et aliae indebitae:* quod solvitur in usuras, *ad utramque causam usurarum, tam debitarum quam indebitarum pertinere: puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur* etc. . . . *sicut ex pacti conventione datae repeti non possunt*, ita etc. . . .“

15) Per *retentionem* pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, *licet stipulatio interposita non sit?* et const. 4. cit.

In toto corpore juris exstet locus, qui, nudo pacto affirmativo inito, nihil penitus agi dicat, sed omnes, qui de his pactis loqpuntur, tantum, ex nudo pacto *actionem* non descendere, ajunt. [16]).

Poehls autem, fr. 45. de pactis, quod generaliter dicat, pactum nulli prodesse, afferens, in idem vitium incurrit, quod ipse p. 114. Gansio exprobrat: dimidiam scilicet tantum fragmenti partem apponit, verba principalia omittens. Fragmentum enim laudatum, locis supra citatis et nostrae sententiae penitus consentiens, non nisi, *ad actionem* nulli prodesse pactum, contendit. [17]).

§. 3.

Ex omnibus ergo pactis affirmativis ei, cui ex

---

16) Vid. C. 4. 65. (de locato) const 27. D. 2. 14. (d. pact.) fr. 7. §. 5. fr. 45. C. 2. 3. e. t. const. 28. *Paulus*, Recept. sent. II. 14. In sententiam nostram *longe* major scriptorum pars abit, sed plerique leviter tantum et perfunctorie quaestionem propositam attingunt, cf. e. g. *Cujacii* Obs. II. 15. *Donelli* Comm. de jur. civil. XII. 2. *M. Wesenbecii* Comm. in Pand. II. 14. Nr. 9. *Voëtii* Comm. ad Pand. XII. 6. §. 2. II. 14. §. 4.

17) *Hermogenianus* (Juris epitomar. II.): „Divisionis „placitum, nisi traditione vel stipulatione sumat effec„tum, *ad actionem*, ut nudum pactum, nulli pro„desse poterit.“

pacto solutum erat, Praetor exceptionem dedit. Si quis vero pactum, quod dicunt, bilaterale fecerit, et ex eo, quod promisit, impleverit, adversarius autem promissis non stet, quomodo nunc illi, qui jam impleverat, succurrendum erat? Ex pacto ad implendum agere nequit, cum nudum pactum ad actionem non prosit; ille autem, qui accepit, defenditur per exceptionem pacti conventi. Ita vero iniquissimum foret, illum, qui solvit, indefensum relinquere, eique succurri *aequitas* [18]) postulabat.

---

18) *Aequitas* apud Romanos denotat aequabilitatem communis juris et inde prima veri juris principia, ex naturali ratione deducta; quidquid summis justi principiis (ex jure gentium desumtis), inprimis ad hypothesin speciei obvenientis directis consentaneum est. Apud nos „*aequitatem*" per „Billigkeit" perperam interpretari solent. Vox enim „billig" significat, quidquid secundum juris praecepta ab aliis postulari nequit, morum vero disciplina (ethica) praestare jubet, officium lege civili haud jussum, arbitrioque servandum. Nequaquam ergo ad juris disciplinam pertinet dubia illa „Billigkeit", judici nihil unquam firmi certique, quid in judicando sequatur, relinquens, cf. *Gros*, Naturrecht. §. 38. Romanos autem non eam significationem aequitati tribuisse, quae est vocabuli Billigkeit, sed supra allatam, multa argumenta demonstrant. 1) In definiendo jure ICti Romani tanquam *primariam* juris partem

Qui enim, quod ei ex pacto debebatur, accepit, neque vero ad praestandum id, quod ipse promisit, paratus est, certe prope accedit ad eum, qui sine vel ex injusta causa possidere incipit. Nam ipse pacto non stat, idque cum implere deberet, improbat; justissimum ergo, ipsi quoque pacti beneficium et exceptionem denegare, praesertim cum manifesto

---

aequitatem ponunt. D. I. 1. (d. J. et J.) fr. 1. pr. fr. 11. pr. 2) *Summum*, quod *in jure* sequatur, aequitatem proppnunt D. 50. 17. (d. R. J.) fr. 90. C. 3. 1. (d. judic.) cst. 1. 3) Aequitatem *et justitiam* una opponunt non nisi *stricto juri* i. e. generalibus veri juris praeceptis naturalique rationi repugnanti, cst. 1. cit. D. 4. 1. (de i. i. rest.) fr. 7. pr. 4) Jus gentium (quod nostro aevo jus naturae dicunt) pro fonte aequitatis habent, et ex aequitate generalia *juris* praecepta deducunt, v. c. D. 50. 17. (d. R. J.) fr. 206. 5) *Theophilus* (Paraphr. L. IV. T 6. §. 30 et 31.) pro aequo non ἐπιεικὴς (billig), sed δίκαιος, τὸ δίκαιον reddit aeque ac Basil.: cf. et *Cicero* Top. II. 23. Lael. s. de amicit. 5. 6) Permulti sunt in corpore juris loci, quos non nisi nostra aequitatis interpretatione adhibita apte interpretari queas. cfr. et *Vultejus*, Comm. in Inst. L. I. §. 1. 2. *Hofacker*, Princc. jur. Rom. T. I. §. 6. 12. et inpr. Welker, letzte Gründe von Recht, Staat und Strafe. Giefs. 1814. p. 475 — 478. Puchta, Handb. des gerichtl. Verfahr. in nichtstreit. Rechtssachen. Erl. 1821. T. I. p. 247. sq.

dolo faciat, quicunque, cum de propria utilitate agatur, pacto contra adversarium uti, cum vero agatur de implendo juris officio, pactum nauci habere velit. Accipientem ergo eodem jure uti fas erat, quod ipse in adversarium statuerat, aequitasque (vd. nt. 17.) sponte eo perduxit, ut illi, qui impleverat, contra accipientem, ex quo hic *in mora* esset, aut promissis stare *contumaciter recusaret, aut culpa commissa eis stare non posset*, actio daretur, ad repetenda quae dederat (non ad solvendum, quod pacto promissum erat; nam pactum nudum actionem parere nequit), comparata, *condictio* scilicet, *causa data, causa non secuta.* Exceptio pacti hoc casu obstare non poterat. Nam eliditur replicatione doli, quia per accipientem stetit, quo minus pactum impleretur. Hanc condictionis hujus rationem hocque ejusdem fundamentum etiam nostrae leges disertis verbis afferunt [19]).

Si ei, qui implevit, tale quid erat praestandum, quod repeti non possit, allatis casibus decepto nihil

19) T. T. D. de condict. caus. data caus. n. sec. et Cod. ob caus. dator. D. 12. 6. (de condict. indeb.) fr. 52. fr. 65. §. 4. „Quod ob rem datur, ex bono et „aequo habet repetitionem, veluti si dem tibi, ut ali„quid facias, nec feceris.“

Plerique condictionem aliter derivare, aliudque fundamentum ei substruere solent; conf. §. 6.

erat relictum, nisi de dolo actio, in quam his similibusque casibus necesse erat confugere, quoties alia actio non erat †). Si vero accipiens non nisi *casu* erat impeditus, quominus impleret: ratio et fundamentum condictionis cessabat, eamque ob causam condictione experiundi jus locum habere non poterat, accipiens ergo, culpa carens, exceptione pacti conventi defendebatur [20].

§. 4.

ICtis autem Romanis sensim magis magisque jus Romanum excolentibus, multa ad pactorum vim pertinentia innovabantur. Mox illis necessarium visum, angustos, quibus eae conventiones, ex quibus actiones nascerentur, erant circumscriptae, fines proferre: Iam erant, quibus illud agentes niterentur, et has innovationes annecterent. Contractus quidem stricti juris, rigoris hujus juris causa, non ejus erant naturae, ut extendi possent, certe non per interpretationem et solam prudentum auctoritatem. Ea autem, quae in contractibus bonae fidei obtinue-

---

†) Cf. D. 19. 5. (de praesc. verb.) fr. 5. §. 3. fr. 16. 4. 3. (de dol. mal.) fr. 34. C. 2. 21. (e. t.) cst. 4.

20) Haec et quae supra de speciebus, in quibus condictio locum habeat, dicta sunt, paullo inferius accuratius probabuntur. cf. §. 7. sq.

rant, ad has saltem species, quae similitudinem habebant cum contractu bonae fidei, et aliquantisper tantum ejus naturam terminosque excedebant, trahi poterant, praesertim si confugerent ICti ad antiquissimam obligationis constituendae formam, sc. *rem (Mancipationem et Nexum).*

In hanc conventionum, ex quibus actio nascebatur, finium prolationem ICti Romani deducerentur necesse erat, dum patrio juri excolendo studerent. Accuratius enim subtiliusque constituendi erant fines bonae fidei contractuum, qui actiones pariebant; hanc ob causam multa ab iis, quae hucusque ad eos pertinebant, secernenda erant; haec autem, quae secernebantur, pactis nudis adnumerare incongruum videbatur; praetereaque a jure civili nequaquam abhorrebat, in his, in quibus hactenus actio locum habuerat, eam servare, additis modo alia forma alioque nomine; quae omnia nova adjungendi idoneam dabant occasionem. [21])

Sic

---

21) Haec sententia, quae forsan haud levis est momenti in enucleanda contractuum innominatorum historia, permutationis quoque exemplo comprobari mihi videtur. Ab initio enim apud Romanos permutatio pro emtionis et venditionis specie habebatur. Postea autem Proculejanorum sententia, propriam eam esse conventionis speciem a venditione separatam dicentium, praevaluit. D. 18. 1.

Sic paulatim contractus, qui recte dicuntur innominati (contractus, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt D. 19. 5. (de pr. verb.) fr. 3) nascebantur, proprium ab aliis *separatum* conventionum genus. Sunt enim conventiones, veteri bonae fidei contractui similes, ejus terminos vero paula-

(d. C. E.) fr. 1. J. 3. 24 (e. f) §. 4. Num vero, discreta ea a venditionis *contractu*, permutationem ineuntibus *actio* deneganda erat, cum hucusque actio locum habuisset? Gravius tum certe nova sententia impugnata fuisset. Actio ergo etiam in posterum indulgebatur utilis praescriptis verbis, permutatioque in propriam speciem *contractus* abiit, J. I. c. dummodo *re* contraheretur. Poterit etiam hoc lucem afferre sententiae, quam Gansius (über Römisches Obligationenrecht 1819. p. 180.) probabiliter exponit, ex Labeonis (*cujus schola permutationem a venditione secrevit*) sectarumque temporibus actionem pr. verbis in contractibus innominatis introductam fuisse, dubitante quidem et refragante ICtorum parte. Accedit, quod prima aetate apud Romanos, mancipationis forma adhibita, in cujuscunque generis conventionibus actiones locum habuisse, posteaque in mancipationis locum nuda traditio successisse videantur (cf. Legg. XII. tabb. — tab. VI. 1. Gothofr. — „quum nexum faciet mancipiumque, „uti lingua nuncupavit, ita jus esto". et *Cajum* ad L. XII. tabb. — D. 2. 14. (de pact.) fr. 48 — „in *tra*„*ditionibus* rerum, quodcunque pactum sit, id valere

tim excedentes [22]), ex quibus actio, jure civili antiquo data, ei competit, qui conventione promissa praestitit, ad id, ut vicissim detur vel fiat, quod adversarius promisit. Ob id *contractibus* adnumerandae erant; at non nisi contractibus, quos dicunt reales; pactum enim non prius in talem contractum abire poterat, quam una ex parte impletum fuisset [23]).

Iureconsulti enim Rom. hoc sibi sumere non poterant, ut conventiones istas simpliciter contractibus, quos consensuales dicimus, accenserent, sed confugiendum eis erat ad antiquam constituendae obligationis rationem, ita, ut non nisi ei actio ad implendum dari posset, qui jam ex sua parte implevisset; quo factum, ut illa, contractibus b. f. similia, pacta, neutra parte implente, nuda pacta remanerent, si-

---

„manifestissimum est"); quo factum, ut contractus, quos dicunt reales, jam ex antiquo jure civili proficiscerentur. Postea vero, quum jus civile accuratius excoleretur, mutuum, depositum, commodatum et pignus secernebantur; sic reliquorum contractuum realium innominata pars relinquebatur, de qua, num ea quoque actiones pareret, numque idem locum habeat in *faciendo*, quod in *tradendo*, ICtorum scholae dissentiebant.

22) *Corasius* Miscellaneor. jur. civ. Lib. II. cp. 10. in fin. Gans, Römisches Obligationenrecht. p. 178. *Poehls* l. c. p. 13-23.

23) Cf. §. seq. nr. 2.

mulatque autem una pars implesset, pactum nudum in contractum, quem dicimus realem, abiret. Ut ergo nascatur contractus innominatus, duo conveniant necesse est, ut scilicet similitudinem aliquam habeat cum contractu b. f. nominato, utque una pars, quiquid pacto promiserat, dederit vel fecerit.

§. 5.

Negavit nuper Eduardus *Gansius* 24), I.) conventiones quas contractus innominatos dicimus, contractibus Rom. accensendas, easque proprium contractuum genus esse (monstra hos contractus innominatos appellar), II.) *re* opus esse, ut ex eis conventionibus, quas innominatos contractus vocant, actio nasceretur. Inter alia, deinde haec affert p. 186.: Entsteht eine obligatio aus dem vereinigten Willen Mehrerer, so ist dieſs allerdings ein Contract (??). In so ferne ist die actio praesc. verbis sicherlich bisweilen Contractsklage, und in so ferne gibt es Inn. Contracte; denn an dem Namen ist nichts gelegen. Aber es kommt nicht darauf an, ob w i r, sondern ob die Römer sie zu den Contracten rechneten, und d a s werden wir verneinen

24) Ueber Röm. Obligationenrecht, bes. über die Lehre von den Innominat-Contracten und dem jus poenitendi. Heid. 1819. p. 169. sq.

müssen. Warum rechnet man nicht auch das receptum, die constituta pecunia, die obligatio dotis, und endlich die vielen Fälle, wo eine actio in factum praetoria kommt, zu den Contracten? (!) Man könnte diefs mit ebenso grofsem Rechte, wie bey den Innominat-Contracten thun (?). Weil (??) sie aber nicht im Roem. Institutionensystem stehen, so werden sie unter dem Namen der pacta praetoria und legitima in eigne Rubriken gestellt. Stehen aber die Innom. Contracte im Institutionen-Systeme? Nein. (cf. et p. 174.) Erwähnen ihrer die Roem. Juristen als Contracte? Nein (??).

Quaedam jam attulerunt *Zimmern* (Jenaer Literatur Zeitg. 1821. nr. 26.) *Mühlenbruch* (Heid. Jahrb. 1821. nr. 1.) et *Poehls* (l. c. p. 57—72.), quibus infirmatur illa Gansii sententia. Non nisi haec tum repetam, tum addam:

Ad. I.) Contractus eas tantum esse conventiones exploratum est, ex quibus secundum veteris 25) juris civilis praecepta actio descendit. *Hanc ob causam*, neque vero, ut Gansius opinatur, quia Institutiones eorum mentionem non faciant, receptum,

---

25) Ejus sc. temporis, quo juris vocabula et qui dicuntur termini technici invalescebant atque stabiliebantur, sub finem ergo reip. et primis imperatorum temporibus, cf. Hugo, civilist. Magaz. T. I. p. 120. (Ed. II.)

constituta pecunia dotisque obligatio etc. contractibus non accensentur, ut et in corpore juris eandem solam ob causam nunquam contractus appellantur. Hanc vero ob causam contractibus innominatis *contractuum* nomen recte datur (cf. not. 20.). Jureconsultos autem Romanos eos nunquam inter contractus retulisse, temere negat Gansius. Nam et hi (v. c. Julianus, Papinianus, Ulpianus) *saepius* iis contractuum nomen dant. Sic e. g. in J. 3. 24. (de emt.) §. 2. permutatio *propria species contractus* nominatur, eodemque nomine sequentes, qui de contractibus innominatis loquuntur, textus utuntur:

D. 19. 5. (d. pr. verb.) fr. 19. (Ulpianus ad Edict. XXXI.):, „quasi negotio quodam inter nos gesto *proprii contractus*." Fr. 3. eod. (Julianus, digest. XIV.): *contractus*, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt. Fr. 8. eod. (Papinianus, Quaest. XXVII.): si tamen lex *contractus* non lateret, praescriptis verbis incerti agi possit.

12. 4. (h. t.) fr. 3. §. 4. (Ulpianus ad Edict. XXVI.) verb.: actionem, quae *ex hoc contractu* nascitur.

19. 3. (d. aestimator.) fr. 1. pr. (Ulpianus ad Edict. XXXII.) verb.: quotiens de nomine *contractus* alicujus ambigeretur — — dandam aesti-

materiam pr. verb. actionem: est enim negotium civile gestum.

2. 14. (de pact.) fr. 7. §. 2. (Ulpianus ad Edict. VII.) C. IV. 3. (de suffrag.) cst. un. §. 1.

Dubitationem, quam Gansius affert: actionem praescriptis verbis in aliis quoque negotiis in subsidium dari, hancque ob causam solam actionem praescriptis verbis nequaquam efficere potuisse, ut contractus innominati in proprium contractuum genus abirent, jam *Poehls* l. c. p. 138—147. pro parte sustulit. Et nihil sane est, in quo haereamus. Locum habeat actio praescr. verbis etiam in aliis causis et negotiis. Cum autem jus civile antiquum contractus innominatos i. e. conventionum genus, *quod omnino una eademque propria et certa notio complectitur* (sunt enim conventiones, ad contractum b. f. nominatum prope accedentes, quae *re* initium ceperunt) actione firmasset (qualecunque ejus sit nomen; neque refert, eam alibi quoque locum habere), hae conventiones in *contractus* abibant. Hae ergo, quae jam antea, quam in contractus abirent, proprium conventionum vel pactorum genus haberi, ergo propria notione comprehendi *poterant*, non nisi per actionem praescriptis verbis jure civili datam, ex pactis nudis contractus evadebant, et nunc

contractus factae eadem propria easque ab aliis conventionibus et contractibus separante notione gaudent, qua antea comprehendi poterant. His ea, quaecunque Gansius p. 173. profert, infringi mihi videntur [26]).

---

26) Notanti Gansio (p. 172.): recentiores contendere, actione praescriptis verbis non introducta contractus innominatos nuda pacta fore, respondet *Zimmern* (Jen. Lit. Leitung 1821. p. 205.): „umgekehrt! die „actio pr. verbis wird aus Innominat - Contracten, „d. h. aus dem Leisten ob causam gegeben, weil „darin mehr, als nudum pactum liegt.“ At minus recte. Quae enim Gansius affert, a vero aberrare mihi non videntur. Actione ad implendum ex conventione non data, certe illae conventiones nuda pacta essent. Nam contractuum ea est natura, ut obligationem (κατ᾽ ἐξοχήν) pariant, et quae conventio actionem non parit, nunquam in contractum abire potest. Cum vero idoneae gravesque fuerint causae, quae actione illas conventiones firmari poscerent, (sive, ut Zimmern ait: weil in ihnen mehr liegt, als nudum pactum), actio ad implendum introducebatur, per quam *solam* contractuum numerum obtinebant. Neque, quod Zimmern eodem loco monet, in totum verum est. Ait enim: das Leisten ob Causam ist wegen der causa civilis ein Contract, nicht wegen der actio praescr. verbis. Hoc ita temperandum mihi esse videtur: cum his conventionibus causa civilis subesset, actio praesc.

Notentur autem contractus innominati ut *proprium genus contractuum*, necesse est (secus ac Gansius p. 187.), quia multum differunt a contractibus nominatis (cf. §. 16. sq.). Apparet inde, in dividendis obligationibus non solum, quod Gansius monet, *actionum* diversitatem, sed etiam, ut hactenus solebamus, *causas* et fundamenta earum esse respicienda, hisque propositis (utrum sint ex contractu et quibus contractibus, an ex delicto etc.) divisionem esse faciendam, cum saepius alio jure *genus* obligationum, quae ex contractibus descendunt, alio genus obligationum, quae ex delicto nascuntur [27]), alio genus contractuum innominatorum, alio nominatorum uterentur, quae differentiae ex sola actionum natura generali (stricti juris et bonae fidei) repeti nequeunt.

Secundum haec contractus innominati a ratione et forma, ad quam Institutiones sunt redactae, nequaquam abhorrent (contra Gansium p. 196.); eos autem in Institutionibus (ut multa alia) omissos esse,

---

verbis dabatur, et *propter hanc solam, ex jure civili antiquo descendentem actionem* datio ob causam in contractum transiit. Nam, ut jam notavi, et contractuum notione evincitur, actione civili non data, conventio haec nunquam in contractum abiisset.

27) Cf. *Zimmern* l. c. p. 201.

non est mirum. Causa enim est cum finis, quem Iustinianus in Institutionibus componendis sibi proposuerat, tum quod maximam partem ex Caji commentariis sint desumtae, qui doctrinam, quam ipsius aevo adhuc multi in controversiam et disceptationem vocabant, tironibus non esse tradendam recte duxerat *).

Ex eo autem, quod concurrat saepius condictio causa data causa non secuta cum actione praescr. verbis, nihil consequi potest ad oppugnandos contractus innominatos (contra Gansium p. 203.) Nam haec condictio ex conventione non pendet (cf. §. seq.), nec per eam contractus innominati contractuum numerum obtinebant; *non enim est actio ex contractu descendens*, eaque deficiente contractus innominati omnino contractus manere possunt [28]).

---

*) Cf. *Caji* Comm. III. §. 142. sq. et inpr. *Zimmern*, l. c. p. 205.

28) Rectissime ergo *Zimmern* l. c. p. 207. 208. notat: die aus der datio entspringende obligatio ist ganz unabhängig von der Erfüllungs-Klage, von der zweyseitigen obligatio; allein das dare in Verbindung mit verabredeter Gegenleistung erfüllt auch noch den zweyten Zweck, es erhebt diese Verabredung zu einem Contract [ob actionem pr. verb.]. Jener erste Grundsatz ist, wie die condictio, uralt, dieses letztre Princip erst, wie die actio pr. verbis, zur Zeit der

Ad II.) Alteram Gansii sententiam (contractus innominatos non esse *realibus* accensendos, neque *re* opus esse, ut ex eis actio pr. verbis nascatur) nihil erit negotii refellere.

Illud enim, quod Gansius contendit, nequaquam confici potest ex iis digestorum locis, qui actionem praesc. verbis, quae ex contractibus innominatis descendit, similem actionibus emti, locati, mandati etc. dicant (Gans p. 176.). Istorum enim locorum sententia non nisi haec est: ad similitudinem contractuum nominatorum etiam innominatos contractus in *contractuum* i e. earum conventionum, ex quibus jus civile antiquius *actionem* adcommodat, numerum receptos, naturamque actionis praescriptis verbis ad actionum, ex nominatis bonae fidei contractibus descendentium naturam adaptatam esse. Nequaquam vero inde sequitur, contractus innominatos aliis rebus differre non posse a nominatis, et jam consensu solo eos perfici necesse esse. Sic v. c. et in eo a nominatis contractibus differunt, quod is, qui ex contractu innominato implevit, mora ab adversario facta, condictione data

Pandectisten ausgebildet, und bey dem facere nicht blofs später, als bey dem dare, sondern selbst von Paulus und Ulpianus nicht einmal mit Entschiedenheit anerkannt.

repetere potest, quod nequaquam in contractibus nominatis procedit (cf. §. 16.).

Accedit autem, quod multi textus affirmant, in iis conventionibus, quos innominatos contractus dicimus, non nisi *re* obligationem contrahi, et, non nisi re secuta, eas in contractum transire et ex eis actionem praescr. verbis competere, eamque ob caussam eas contractibus, qui *nudo consensu* perficiuntur, omnino *opponunt*,

v. c. D. 19. 4. (de rer. perm.) fr. 1. § 2. (*Paulus* ad Edict. XXXII.) Emtio et venditio nuda contrahentium voluntate contrahitur: *permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet:* alioquin, si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus; *quod in his duntaxat receptum est, quae nomen suum habent*, ut in emtione, venditione, conductione, mandato.

C. 4. 64. (e. t.) cst. 3. (*Diocletianus* et *Maximinianus* Leontio): *Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat nemini actionem competere: nisi* stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem. cf. et C. 4. 3. (d. suffrag.) cst. un. §. 1.

Eodem modo omnes loci, qui de contractibus innominatis agunt, et actionem ex iis competere ajunt, v. c. octo constitutiones in C. 4. 64. (de rer.

perm.) et. D. 19. 5. (d. pr. verb.) T. T. nunquam verbis: dabo. promitto ut etc. sed semper formulis: *do, facio, dedi, feci,* ut des etc. utuntur (talia omnes a Gansio p. 182—185 laudati loci afferunt) [29].

---

29) Cf et *Poehls*, l. c. p. 22. 60—71. et *Mühlenbruch*, Heidelberger Jahrbb. 1821. T I. p. 72. — Pertinet quoque huc fr. 7. §. 2. D. 2. 14. (de pact.) Hoc fragmentum in exemplis, quae affert, semper utitur verbo *dedi*, et *hinc civilem obligationem nasci* ait. Gansius autem, p. 189. (cf. et p. 191.) contendens: verba „subsit tamen causa" non nisi *futuram* praestationem innuere, et *causae* vocabulum nunquam ad ea, quae una ex parte jam praestita sint, sed ad ea duntaxat, quae ab altera parte *praestanda* sint, referendum esse, idque ex formulis: do ob causam, condictio causa data etc. apparere — num audiendus sit, haesitavi. Nonne enim ICti Romani formula utuntur: condictio *causa data* (i. e. causa *praeterita*) causa non secuta? nonne fr. 52 D. 12. 6. (d. condict. in deb.): „damus, ait, „ob causam vel ob rem. Ob *causam praeteritam*, „veluti cum ideo do — — *quia aliquid a te factum* „*est* — — ob rem vero datur, ut aliquid sequatur!" *Hic locus causae vocabulo κατ' ἐξοχὴν utitur, quo causam praeteritam denotet*, idque opponit *futurae* praestationi. (Apparet inde, non esse mutandam inscriptionem Tit. D. 12. 4. de condictione *causa data*, causa non secuta, quam, quamvis in omnibus exemplaribus ita concepta sit, multi temere emendan-

At certe, una ex parte impletum esse non sufficit, ut pactum in contractum innominatum abeat. Altero etiam supra jam allato opus est, ut scilicet pactum similitudinem aliquam habeat cum nominato b. f. contractu, quibus junctis dubitatio, quam Gansius p. 192. movet, sua sponte evanescit.

§. 6.

Illa ergo pacta, quae similitudinem aliquam cum nominatis b. f. contractibus habebant, et in quibus una pars, quae pacto promiserat, dederat vel fecerat, inde ex Augusti circiter temporibus in contractus abire coeperunt, ita ut ei, qui ex sua parte implevisset, actio daretur contra adversarium ad praestandum id, quod hic facturum se vel datu-

---

dam esse putant). Haec contra Gansii „causae" interpretationem. Verba autem illa in fr. 7. cit.: „sub- „sit tamen causa," secundum totam textus structuram neque referri possunt ad rem, quae praestita, neque ad rem, quae praestanda est, sed certe non nisi id sibi volunt: si conventio ejus sit naturae eaque forma adhibita, quam jus civile ad producendam obligationem poscit. cf. D. 15. 1. (de pecul.) fr. 49. §. 1. *Hugo*, Rechtsgeschichte §. 121. (Ed. VII.) *Poshls*, l. c. not. 23. *Schoulz ab Ascheraden*, de contractib. Rom. innominatis. Gryph. 1818. 4. §. 9.

rum promisisset, aut ad aestimationem ejus, quod actoris interesset, solvendam [30].

Rationi autem et viae, quam in excolendo jure et in immutandis iis, quae hactenus obtinuerant, Romani sequebantur, penitus congruum erat, ex iis, quae a majoribus constituta erant, quaecunque cum novis haud prorsus pugnarent, servare. Hanc ob causam, quamquam contractus innominati in contractus abiissent, vetus tamen condictio causa data causa non secuta in his contractibus servabatur, et in iis casibus, in quibus, secundum supra allata, pacto inito locum habebat, et *in quibus contractuum nominatorum naturae repugnare Romanis videbatur* [31], in posterum quoque dabatur, ita quidem, ut eligeret actor, utrum praescriptis verbis ad implendum, quod adversarius promiserat, agere, an condictione data repetere vellet [32].

Fundamentum et rationem, cui his infra [33]) ulterius explicandis casibus condictio innititur, jam supra (§. 3.) exposui. Aequitate naturali, summis justi rationibus moti Romani, antiquis certe jam tem-

30) D. 19. 5. (de pr. verb.) fr. 5. §. 1. fr. 7.

31) Cf. infr. §. 16.

32) D. 19. 5. (de pr. verb.) fr. 5. §. 1. 2. fr. 7. C. 4. 64. (de rer. perm.) const. 4. 5.

33) Cf. finem huj. §, et §. 7.

poribus ei, qui sua parte pactum impleverat, contra adversarium, promissis stare refragantem aut sua culpa, quo minus impleret, impeditum, necessarium illud remedium dederunt [34]. Hanc causam, hocque condictionis, quatenus et in contractibus innominatis competit, fundamentum innuit jam Zimmern l. c. et Schoulz ab Ascheraden l. not. 29. cit. p. 14. Reliqui scriptores aliunde eam repetunt; alii enim ex contractu innominato [35], alii quasi ex contractu [36],

34) *Certe nunquam haec condictio introducta fuisset, si ex pactis actio ad implendum competiisset.* Illam ob causam condictio non solum in contractibus innominatis sed etiam in omnibus pactis nudis locum habet, v. c. in pacto modum continente, donationi adjecto. Qui *nominatum* inierat contractum, aliis remediis tutus erat, condictio ergo ei denegabatur (cf. §. 16.)

35) V. c. *Donellus* in Comm. jur. civ. XIV. 24. *Cludius* in Tract. de condict. causa data etc. Mogunt. 1610. 4. Cap. II. nr. 20. *Huberus* in Praelect. ad Pand. XII 4. nr. 3.

36) *Vinnius*, select. quaest. I. 46 init. *Lauterbach* in Diss. acad. D. 145. §. 3. *Z. v. Neck.* in Diss. ad L. ult. D. de condict. causa data etc. (in Ger. Oelrichs Thes. Nov. Vol. II, T. II.) p. 410. *Hofacker* in Princ. jur. Rom. Germ. T. III. §. 3097. not. d., aliique a Glückio, Erläuterung der Pandecten, T. XIII. p. 9. citati.

alii denique ex tacito consensu [37]) eam venire dicunt.

At, ut haec tantum contra has opiniones moneam, condictio nostra actio ex contractu innominato esse nequit; obligatio enim, quae ex his contractibus descendit, non tendit ad restitutionem datorum sive ad contractum resolvendum [38]), et huic fini solummodo condictio nostra comparata est. Nusquam autem Romani actionem, quae non nisi ad resolvendum negotium tendit, actionem ex contractu adpellant. Objicit quidem *Donellus* not. 35. cit. „omnem obligationem, quae petitionem pariat, si „sit ex conventione, esse ex contractu.“ At obligatio ad restituendum id, quod ex contractu innominato datum est, *nequaquam est ex conventione*, sed tantum injuriae ab accipiente illatae niti solet, eamque ob causam Donelli argumentum non quadrat. *Actio ex contractu* certe non nisi haec dici potest, quae *principaliter* hunc finem spectat *ut ea*,

37) *Finestres* in Comm. in Hermogeniani jur. epitomar. Libb. VI T. I. p. 435 init. *Glück* in libro Erläuterung der Pandect. T. XIII. p. 25. *Schilterus* quoque in Exercitatt. ad Pandect. Ex. XXIV §. 3. 4. 15. eam ex pacto tacito, quod contractui innominato insit, venire ait.

38) *Neck* l. c. Glück l. c. T. XIII. p. 25.

ea, quae partes in contractu ineundo voluissent, ad effectum perducerentur. Huc vero in contractu innominato sola actio praescripti verbis tendit, neque vero condictio nostra, quae non nisi, ne quid damni injusti altera pars patiatur, adcommodata est. Nec vero quasi ex contractu condictio nostra deduci potest. Illud enim, in quo de nostra condictione sermo est, juris vinculum nequaqaum ejus est naturae, cujus eae sunt obligationes, quae Romanis quasi ex contractu nasci videntur, et nusquam condictionem causa data, causa non secuta actionibus, quae quasi ex contractu descendunt, adnumeratam invenimus.

Neque denique in principalibus, in quibus nostra condictio competit, casibus consensu partium tacito eam niti cum Schiltero et Glückio contendi potest (non magis, quam remedium ex cst. 2. C de resc. vendit. aut actio emti redhibitoria ex consensu tacito deduci potest; utraque enim actio sola ex aequitate descendit). — Semper enim a) si haec sententia vera esset, in quaestione facti positum esset, num utraque pars tacite in illud consentisset, et, simulac iste consensus in hypothesi obvenientis speciei deesset, condictio deneganda foret. Nunquam autem nostrae leges in indulgenda condictione, num iste consensus extiterit, quaerunt; tum autem. b) si condictio non nisi ex consensu partium tacito descen-

deret, iisdem in casibus, in quibus contractu innominato inito locum habet, etiam in contractibus *nominatis* danda esset. Nam si quis, contractu nominato inito, expressim pactus sit, ut, si adversarius moram fecisset, a conventione paciscenti discedere dataque repetere liceret, pactio valet, nec, quasi contra formam juris facta, non est servanda. Quae vero expressa sunt servanda et valent, in haec partes etiam tacite convenire possunt, eaque tacite pacta valitura sunt. Si ergo jure consulti Rom. condictionem nostram non nisi ex tacito partium consensu descendere duxissent, ea quoque ab eis *contractu nominato inito* tum indulgenda fuisset, cum contractu innominato inito dabatur. Denegatur autem in contractibus nominatis condictio (§. 16.); ergo non ex consensu partium tacito descendere potest, sed alio fundamento nitatur necesse est. Quod autem Glückius l. c. p. 26. affert fragmentum e Digestis †), nequaquam pro ejus sententia facit.

†) 13. 6. (Commodati) fr. 13. §. 2. (*Pomponius* ad Sabinum. II.) „Si libero homini, qui mihi bona fide ser„viebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an „habeam commodati actionem: nam et Celsus filius „ajebat: si jussissem eum aliquid facere, vel mandati „cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse. „Idem ergo et in commodato erit dicendum. Nec „obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona

Obligatio enim *tacita* in hoc fragmento nequaquam obligationem significat, quae ex consensu partium tacito descendit, sed eam, quae natura sua negotio inest, quamquam partes, *neque tacite neque expressim*, de ea constituenda convenerint. Apparet hoc ex ipsis textus verbis (obligationem *extra id, quod agitur*, nasci ait) et ex condictione indebiti, quam Pomponius exempli gratia affert, et quam ex consensu tacito descendere nemo dicet, cum non nasceretur indebiti condictio, simulac partes indebitum solvi putavissent. Sunt quidem aliquot species, in quibus condictio *ex consensu tacito descendens* competit. At hi casus (de quibus infra §. 14) non ad contractus innominatos pertinent, neque frequenter, sed rarius tantum occurrunt. Huc etiam pertinet ea, de qua fr. 6 D. h. t. agit species, a Glückio pro sua sententia, sed ut ex his et ex §° 14. notandis apparet, male allata.

„fide nobis serviret, contraheremus, quasi eum obli-
„gati habituri: *plerumque enim id accidit, ut extra*
„*id, quod ageretur, tacita obligatio nascatur: ve-*
„*luti, cum per errorem indebitum solvendi causa*
„*datur.*“

CAPUT II.

Casus, in quibus condictio, contractu innominato facto, competit.

§. 7 a.

Jam vero accuratius exponendae sunt species, in quibus condictio causa data, causa non secuta, contractu innominato inito, competit. Locum habet his casibus:

1) Si accipiens eis, quae promiserat, praestandis moram facit, aut contumaciter promissis stare recusat, aut solutionem non recte fecit (solutio enim non recte facta perinde est, ac si nulla facta fuisset, neque debitorem liberat). Ergo, si accipienti ob hoc aliquid datum erat, *ne quid faciat*, datum condici potest, simulac accipiens contra fecerit [39]; si vero daturum se vel factu-

---

39) C. 4. 6. (h. t.) const. 3. (*Valerianus* et *Galienus* Aurelio et Alexandrae). „Ea lege in vos collata do„natio: ut neutri alienandae suae portionis facultas „ulla competeret, id efficit — — — —, ut donatori „— — condictio, si non fuerit conditio servata, „quaeratur." D. 12. 4. (h. t.) fr. 3. pr. §. 1. (*Ulpianus* ad Edict. XXVI.). „Dedi tibi pecuniam, ne

rum aliquid promiserit, condictio competit, simulatque accipiens statuto tempore neque dederit neque fecerit aut dare recuset [40]), aut

„ad judicem iretur. — — An possim condicere, si „mihi non caveatur, ad judicem non iri? Et est ve„rum, multum interesse, utrum ob hoc solum dedi, „ne eatur, an ut et mihi repromittatur, non iri: si „ob hoc, ut et repromittatur, condici poterit, si non „repromittatur: si, ut ne eatur, condictio cessat, „*quamdiu non itur* etc."

40) D. 12. 6. (d. condict. indeb.) fr. 52. (*Pomponius* ad Quint. Mucium. XXVII.): — — — „ob rem datur, „ut aliquid sequatur: quo non sequente repetitio „competit. Fr. 65. §. 4. eod. (*Paulus* ad Plautium „XVII.): Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet „repetitionem: veluti, si dem tibi, ut aliquid facias, „nec feceris". 19. 5. (de praesc. verb.) fr. 5. §. 1. 2. (*Paulus* Quaestionum V.): — — — „Si rem do, ut „rem accipiam, quia non placet, permutationem rerum „emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obli„gationem, in qua actione id veniet — — — — ut „damneris mihi, quantum interest mea, illud, de quo „convenit, accipere, vel *si meum recipere velim*, „*repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum*, „*re non secuta.*" — — — §. 2. At cum do, ut facias, — — — „si res [sit data], non erit locatio, sed nas„cetur — — ad repetendum condictio. Quod si tale „sit factum, quod locari non possit, puta ut servum

non justo debitoque modo dederit [41]).

2.) Si accipiens, culpa commissa, promissis stare *nequit* [42]).

„manumittas, *sive certum tempus adjectum est, in-* „*tra quod manumittatur, idque, cum potuisset ma-* „*numitti, vivo servo transierit*, sive finitum non fuit, „et tantum temporis consumtum sit, ut potuerit de- „bueritque manumitti, condici ei potest etc." fr. 7. eod. 12. 4. (h. t.) fr. 3. pr. (v. not. 39.) §. 2. 3. fr. 4 fr. 11. fr. ult. (de interpretatione fri. ult. cit. vid. § 8 et 9.) 19. 4. (de rer. perm.) fr. 1. §. 4. 12. 5. (de condict. ob turp. caus.) fr. 1. §. 1. C. 4. 6. (h. t.) const. 2. 4. 6. 8. C. 4. 64. (de rer. perm.) const. 4. 5. 7.

41) D. 12. 6. (h. t.) fr. ult. (*Celsus*: Digestor. III.). „Dedi tibi pecuniam, ut mihi stichum dares — — —; „finge alienum esse stichum, sed te tamen eum tradi- „disse: *repetere a te pecuniam potero, quia homi-* „*nem accipientis non feceris*." C. 4. 64. (de rer. perm.) const. 1.

42) C 4 6. (h. t.) const. 10. (*Diocletianus* et *Maximinianus* Cononianae): „Pecuniam a te datam, si haec „causa, pro qua data est, *non culpa accipientis*, sed „fortuito casu non est secuta, minime repeti posse „certum est." Const. 11. eod. (*Iidem* Stratonicae): „Ad- „vocationis causa datam pecuniam, *si per eos, qui* „*acceperant, quominus susceptam fidem impleant,*

Huc ea quoque pertinet species, si *post moram* ab *accipiente factam* casus inciderit, et accipientem, quominus promissis staret, impediverit, v. c. si, quod dare promiserat, perierit [43]). (Quisquis enim in mora est, casum praestare tenetur; mora enim fit, ut casus in mixtum, quem dicunt abeat casum cf. et *Thibaut*, Abhandlungen 1814. p. 187. sq.).

3) Si ab altera parte dabatur ob causam, quae *jam dationis tempore*, rerum natura aut jure prohibente sequi non poterat, *neque dans sciverit, causam impossibilem esse* [44]).

„stetisse probetur, restituendam esse convenit." D. 19. 5 (de praesc. verb.) fr. 5. §. 1. fin.

43) D. 12. 4. (h. t.) fr. 5. §. 4. (*Ulpianus* Disputatt. II.): „sed ubi accepit, ut manumitteret, deinde servus „decessit, *si quidem moram fecit manumissioni*, „*consequens est, ut dicamus, refundere eum, quod* „*accepit, debere.*" fr. 3 §. 3. eod.

44) *Glückius*, Erläuterung der Pandect. T. XIII. p. 33. Ignorantiam vero supinam nimiamque negligentiam abesse debere, per se patet. Quisquis ergo in condictione indebiti instituenda *juris* ignorantiam haud nocere contendit, non potest non nostram quoque condictionem danti indulgere, qui, *jus ignorans*, causam impossibilem esse non scivit. Ex ea vero, quae probabilior esse videtur (quam vero latius exponendi non locus est) de juris ignorantiae effectu sententia

Quod si enim is, qui dabat, causam sequi non posse scivit, jam ex generalioribus juris praeceptis dati repetitionem non esse patet. Donare enim voluisse praesumatur necesse est [45]), et ut recte Donellus (Comm. jur. civ. XIV, 23) notat, qui causam impossibilem adiecit, non eo animo videtur fuisse, ut in eo quidquam ageret, aut inde vellet ullam obligationem nasci [46]). Competit autem condictio, datique repetitio, simulac, qui dedit, ipsum, causam impossibilem esse, fugisse probaverit. In hunc enim casum praesumtio illa cadere nequit, neque

---

nostro quoque casu condictio plerumque deneganda erit, ut recte *Donellus* in Comm. jur. civ. XIV. 23. et *Voëtius* in Comm. ad Pand. XII. 4. §. 7. existimant. Omnino vero errat *Glückius* (Erläuterung der Pand. T XIII. p. 35.), ex aliis de errore juris praeceptis hanc speciem, ex aliis condictionem indebiti dijudicandam esse contendens, et argumenta, quae pro sua sententia, quam de nostra condictione amplectitur, affert (quae vero non esse probanda videntur), non minus in condictionem nostram, quam in indebiti condictionem quadrabunt.

45) D. 18. 1. (d. C. E.) fr. 57. §. 2. 50. 17. (d. R. I.) fr. 53.

46) Accedit fere haec species ad praestationem, sub conditione resolutiva impossibili factam. cf. et *Donellum* in Commentar. in Lib. Quart. Cod. ad cst. 8. h. t.

aliter se res habet, quam si ob possibilem dedisset causam, eaque non esset secuta [47]).

---

47) D. 12. 4. (h. t.) fr. 3. §. 4. (*Ulpianus* ad Edict. XXVI.): „Si liber homo, qui *bona fide* serviebat, „mihi pecuniam dederit, ut eum manumittam, et fe- „cero, postea liber probatus, an mihi condicere pos- „sit, quaeritur? et Julianus — scribit, competere „manumisso repetitionem." C. 4. 6. (h. t.) const. 5. (*Diocletianus* et *Maximinianus* Martiali): „Si mili- „tem ad negotium tuum procuratorem fecisti, cum hoc „legibus interdictum sit, ac propter hoc pecuniam ei „numerasti: quidquid ob causam datum est, causa non „secuta restitui tibi competens judex curae habebit." Hic locus varie agitavit multos interpretes (sic v. c. jam *Glossa* tres casus distinguendo hanc constitutionem cum aliis corporis juris locis conciliare studet) quia eis cum praeceptis de errore juris pugnare primo adspectu videbatur. At de errore juris hoc textu agi nequit. Milites enim procuratores esse, non absolute legibus prohibentur, *sed tantum, si litis contestatae tempore remoti fuerint. Sin hoc illo tempore praetermittitur*, et in lite contestanda admissus erit ab adversario miles, exceptione militiae non opposita, jure procurator erit. D. 3. 3. (de procuratorib.) fr. 8. §. 3. — *Generaliter* ergo dicendum erit, tali casu causam ab initio esse impossibilem; at res eo perduci potest, ut nihilominus causa sequatur, simulac militem removere litis contestationis tempore praetermissum

Tribus his supra positis casibus condictio, contractibus innominatis initis, competit, eisque, *si eos nominatis contractibus opponas, propria est.* Sunt quidem alii insuper casus, in quibus condictio, contractu innominato facto, locum habet; at in his casibus aeque nominato contractu facto competit, eamque ob causam de his infra §. 17. accuratius agendi locus erit.

Ex his per se species sequuntur, in quibus condictio ob causam non secutam *cessat.* Cum vero in

---

sit. Num vero adversarius illa exceptione usurus sit, is, qui dedit, ab initio et ante litem contestatam scire non poterat. *Glückius* ergo (Erläuterung der Pandect. T. XIII. p. 34.) nequaquam hoc textu uti potest ad firmandam sententiam ab ipso prolatam, juris ignorantiam in condictione causa data causa non sec. instituenda haud nocere. Locus enim iste non agit de juris ignorantia. cfr. et *Donellus* in Comm. jur. civ. XIV. 23. *Idem* in Comm. ad Lib. Quart. Cod. ad const. cit., et Donellum secutus *Retes* Opusculor. Lib. II. Sect. II. cst. 9. (Thesaur. Meermann. T. VI. p. 140. nr. 4.)

Const. 1. C. 4. 6. (h. t.), quae eadem vexavit interpretes, et ab omnibus ad propositam quaestionem trahitur (cf. v. c. *Donellum* in Comm. jur. civ. XIV. 23., *Glückium* l. c. p. 34.), non ad hanc, sed ad speciem §o 14. tractandam pertinet; neque const. 8. eod. huc est referenda. vd. §. 13.

explicandis his speciebus scriptores quam maxime in contrarias sententias distrahantur, singulatim adhuc referendae et exponendae erunt.

CAPVT III.

Casus, in quibus, contractu innominato inito, condictio cessat.

§. 7 b.

Non habet locum condictio causa data, causa non secuta:

1) Ante moram ab accipiente admissam. Hoc jam ex causa et fundamento condictionis sequitur (§. 3. 6.) [48].

2) Post impletam ab accipiente, quam fecit, promissionem, aut dum jam in implenda promis-

48) D. 12. 4. (h. t.) fr. 3. §. 3: „Quid, si ita dedi, ut „intra certum tempus manumittas? *si nondum tempus „praeteriit, inhibenda erit repetitio*“ [ex *causa non secuta*], „nisi poeniteat [hoc spectat jus poenitendi, singulari hoc casu indultum] „quod si praeteriit, „condici poterit.“ — fr. 8. eod. (cf. §. 14.) C. 4. 6. (eod. t.) const. 3. D. 19. 5. (de praesc. verb.) fr. 5. §. 2. (cf. not. 39. 40.)

sione versatur, ergo si omittere quid promiserat, dum illud omittit [49]).

3) Si id, quod accipiens promiserat, jam ab initio fieri non potuit, is autem, qui jam implevit, illud se ignorasse probare nequit; aut si illud errore non excusando eum fugerit. (cf. §. 7.a et not. 44.)

4) Si non per eum, qui acceperat, stat, quominus ex sua parte impleat, sed *casu aliquo fortuito*, nulla mora aut culpa admissa implendi facultatem amisit.

De hac specie, num casu fortuito accipientem, quominus impleat, impediente, condictio competat, scriptores quam maxime in contrarias abeunt sententias.

Non ita multi receptae a me sententiae, condictionem illo casu omnino *cessare*, favent, eamque

---

49) D. 12. 4. (h. t.) fr. 3. pr. (*Ulpianus* ad Edict. XXVI.): „Dedi tibi pecuniam, ne ad judicem iretur — — — — — —" „*condictio cessat, quamdiu non itur*"; §. 1. eod. C. 4. 6. (e. t.) const. 3. (*Valerianus et Galienus* Aurelio et Alexandrae): „Ea lege in vos „collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis „facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter „vestrum dominium prorsus alienet; vel ut donatori „— — condictio, *si non fuerit conditio servata*, „quaeratur." — Adde locos not. 40. citt.

obiter tantum demonstrare solent [50]). Alii autem prorsus contrariam amplectuntur sententiam, maxima pars varios casus distinguendo se expediunt.

Pro nostra sententia (contrariae sententiae infra §o. 10. recensebuntur) jam generalia juris praecepta pugnant. Is enim, qui dedit, datione jus, ad implendum agendi, aut altera parte non implente, condictione data repetendi, adquisivit. At (uti quisque, cui quid debetur [51]), casum sentit, eumque in

---

50) *Duarenus* in Comm. ad h. t. Dig. et Cod. cap. 2. (Opp. Fcf. 1598. p. 896. 897.) (cf. not. 90.), *Perezius* in Comm. in XXV. Dig. Libb. ad h. t., *H. Zoesius* in Comm. in Digest. ad h. t. nr. 5., *I. Voëtius* in Comm. ad Pand. ad h. t. § 5., *G. Noodt* in Probabil. jur. civ. IV. 5., *van Neck* in Diss. not. 36. cit. p. 413. sq., *Thibaut* Pandectenrecht §. 175. nr. III. 1.), *Poehls* l. c. p. 35. et 110. — Cf. et eos, quos Glückius l. c. T. XIII. p. 47. not. 99. affert. *Lauterbachius* quoque in Coll. Pandect. XII. 4. et in Diss. de condiot. causa data etc. (in ejus Diss. Acad. T. IV. p. 1193. Diss. 145.) maxima parte eandem amplectitur sententiam (cf not 72.), ut et *Cludius* in Diss. not. 35. cit. Cap. V. nr. 100. et 118.; idem autem alio *ejusdem* dissertationis loco (Cap. II. nr. 207.) in contrariam abit sententiam!

51) D. 45. 1. (d. V. O.) fr. 33. 37., 19. 1. (d. A. E. V.) fr. 31. pr. 18. 1. (d. C. E.) fr. 34. §. 6., 18. 6. (de

sione versatur, ergo si omittere quid promiserat, dum illud omittit [49]).

3) Si id, quod accipiens promiserat, jam ab initio fieri non potuit, is autem, qui jam implevit, illud se ignorasse probare nequit; aut si illud errore non excusando eum fugerit. (cf. §. 7.a et not. 44.)

4) Si non per eum, qui acceperat, stat, quominus ex sua parte impleat, sed *casu aliquo fortuito*, nulla mora aut culpa admissa implendi facultatem amisit.

De hac specie, num casu fortuito accipientem, quominus impleat, impediente, condictio competat, scriptores quam maxime in contrarias abeunt sententias.

Non ita multi receptae a me sententiae, condictionem illo casu omnino *cessare*, favent, eamque

---

49) D. 12. 4. (h. t.) fr. 3. pr. (*Ulpianus* ad Edict. XXVI.): „Dedi tibi pecuniam, ne ad judicem iretur — — — — — —" „*condictio cessat, quamdiu non itur*"; §. 1. eod. C. 4. 6. (e. t.) const. 3. (*Valerianus et Gallienus* Aurelio et Alexandrae): „Ea lege in vos „collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis „facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter „vestrum dominium prorsus alienet; vel ut donatori „— — condictio, *si non fuerit conditio servata*, „quaeratur." — Adde locos not. 40. citt.

obiter tantum demonstrare solent [50]. Alii autem prorsus contrariam amplectuntur sententiam, maxima pars varios casus distinguendo se expediunt.

Pro nostra sententia (contrariae sententiae infra §°. 10. recensebuntur) jam generalia juris praecepta pugnant. Is enim, qui dedit, datione jus, ad implendum agendi, aut altera parte non implente, condictione data repetendi, adquisivit. At (uti quisque, cui quid debetur [51]), casum sentit, eumque in

---

50) *Duarenus* in Comm. ad h. t. Dig. et Cod. cap. 2. (Opp. Fcf. 1598. p. 896. 897.) (cf. not. 90.), *Perezius* in Comm. in XXV. Dig. Libb. ad h. t., *H. Zoesius* in Comm. in Digest. ad h. t. nr. 5., *I. Voëtius* in Comm. ad Pand. ad h. t. § 5., *G. Noodt* in Probabil. jur. civ. IV. 5., *van Neck* in Diss. not. 36. cit. p. 413. sq., *Thibaut* Pandectenrecht §. 175. nr. III. 1.), *Poehls* l. c. p. 35. et 119. — Cf. et eos, quos Glückius l. c. T. XIII. p. 47. not. 99. affert. *Lauterbachius* quoque in Coll. Pandect. XII. 4. et in Diss. de condict. causa data etc. (in ejus Diss. Acad. T. IV. p. 1193. Diss. 145.) maxima parte eandem amplectitur sententiam (cf not. 72.), ut et *Cludius* in Diss. not. 35. cit. Cap. V. nr. 100. et 118.; idem autem alio *ejusdem* dissertationis loco (Cap. II. nr. 207.) in contrariam abit sententiam!

51) D. 45. 1. (d. V. O.) fr. 33. 37., 19. 1. (d. A. E. V.) fr. 31. pr. 18. 1. (d. C. E.) fr. 34. §. 6., 18. 6. (de

se recipere tenetur, cum debitori, casu, quominus impleret, penitus impedito et extra culpam posito fortuiti casus praestatio nullo jure injungi possit. Si ergo, casu impediente, debitor implere nequit, *ex hac causa, quod ipse promisso non steterit* (ex causa non secuta) contra eum agi non potest, cum plane in eà causa sit, quasi implevisset, cum nihil sit, quod ei imputetur [52]. Hae rationes legibus

peric. et comm. rei vend.) fr. 7. pr. fr. 8. pr. fr. 11. *Thibaut* Pandectenrecht §. 175.

52) *Retes* l. c. (ap. Meermann. T. VI. p. 96. nr. 2.) ex *generalibus* etiam juris praeceptis contrarium evincere conatur; nec vero, quae sufficiant, adferre videtur argumenta. Ait enim: „si tibi rem meam dedi, ut „mihi Stichum dares, et antequam dares, Stichus casu „perierit: periculo tuo perit, et rem a me datam con„dicere possum [aliter ac in emtione, contractu *no„minato*] — — quoniam interventu rei non perficitur „permutatio [contractus innominatus] sed inchoatur; „emptio vero solo consensu perficitur." Huic autem argumentationi opponi potest, *permutationem, si dantem respicias, datione non minus perfici, quam emtio consensu perficitur;* dans enim actionem praescriptis verbis adquirit. Non nisi hoc in permutatione danti insuper superest, ut condictione allatis casibus data repetere possit; condictionem autem etiam casu interveniente competere, ex illis non sequi ur, sed adhuc demonstrandum est. Pergit autem Retes:

jam circa contractus nominatos probantur, certe si

„Quia, si ego non dedissem rem meam, et *ante da-* „*tionem* periret Stichus, procul dubio nemo diceret, „periculo meo esse periturum: ergo iniquum foret, „postquam ego dedi et adimplevi ex mea parte, de- „teriorem reportare conditionem, quam si non adim- „plevissem." Sed ratio haec magis speciosa, quam vera est. Nam *ante dationem* nullus existit con- tractus, nulla obligatio, ut et in emtione nullus contractus, nulla obligatio *ante consensum;* in emtione quoque ejus, quod *ante consensum* interpositum per- iit, casum non sentit emtor, utique vero ejus, quod *post consensum* emtioni datum periit; sic et in per- mutatione *ante dationem* Stichus non dantis peri- culo perit, utique vero *post dationem.* Sane qui dem, si poenitendi *jus* in contractibus innominatis indulgetur, dici poterit, suprascripto casu non qui- dem ex capite causae non secutae, tamen ex capite poe- nitentiae (quod vero apud nos certe cessaret) condici posse. cf. Perezium, *Noodtium, Voetium, Neckium* et *Poehlsium* not. 50. citt. et *Hofackerum* in Princ. jur. civ. T. III. §. 3096. Negat illud *Glückius* l. c. T. XIII. p. 38. cum *Retesio,* cum sit una eademque condictio, quae ob causam non secutam et quae ex capite poenitentiae competat. At quamquam in utra- que specie *idem nomen* condictioni sit, *causae* tamen condictionis utroque casu quam maxime inter se dif- ferunt, fierique potest, ut altera causa hoc casu, al-

de re danda aut tradenda agitur [53]). Eadem autem et contractu innominato inito obtinere, disertis verbis ajunt, cum exstent loci, qui, generalibus prorsus verbis utentes, contra accipientem casu, quominus im-

tera alio vim suam exserat. Nostrae quoque leges utramque illam causam diversamque cujusque vim accurate distinguunt. v. c. D. 12 4. (h. t.) fr. 3. §. 2. (*Ulpianus* ad Edict. XXVI.): „Sed si tibi dedero, ut „Stichum manumittas, si non facis, possum condicere, „aut si me poeniteat." Item fr. 5. §. 1 et 2. eod. et „inprimis fr. 5. pr. eod. (*Ulpianus* Disputatt. II): „Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde „parato tibi ad proficiscendum conditio temporis vel „valetudinis impedimento fuerit, quominus proficisce„reris: an condici possit, videndum. Et 1) *cum per* „*te non steterit, potest dici, repetitionem cessare:* „*sed* 2) *cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul* „*dubio repetetur id, quod datum est* etc." Hic locus (sive accipias eum de jure poenitendi in contractu innominato competente, ut plerique solent, sive cum Gansio de mandato revocabili loquentem) non nisi diversas has condictionis causas distinguendo satis illustrari potest. cf. et *Poehls* l. c. p. 171 sq.

53) I. e. is, qui promissit, quamquam adversarius casu liberetur, promissa praestare tenetur cf. et § 19. Quibus ex causis alia praecepta v. c. locatione conductione contracta valeant, vid. infra hoc. §°.

impleret, impeditum condictionem omnino denegent, v. c.:

C. 4. 6. (h. t.) const. 10. (*Diocletianus* et *Maximinianus* Cononianae): „Pecuniam a te da„tam, *si haec* [al. codd. *licet* loco: *si haec*] *causa,* „*pro qua data est*, non culpa accipientis, sed *for*„*tuito casu non est secuta, minime repeti posse cer*„*tum est* [54]).“

D. 50. 13. (d. extraord. cogn.) fr. 1. § 13. (*Ulpianus* de omn. tribunalib. VIII.): „D. Severus „ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mer„cedem repeti: *quia per ipsum non steterat, quo* „*minus causam ageret.*“ (cf. C. l. c. const. ult.).

D. 12. 4. (h. t.) fr. 5. pr. (*Ulpianus* Disputatt. II.): „Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, „deinde parato tibi ad proficiscendum conditio tem„poris vel valetudinis impedimento fuerit, quo mi„nus proficiscereris, an condici possit, videndum. „*Et cum per te non steterit, potest dici, repetitio*„*nem cessare* [ergo ex capite causae non secutae „repeti nequit]: sed cum liceat *poenitere* ei, qui „dedit, procul dubio repetetur id, quod datum „est etc.“ [ergo non nisi ex *poenitentiae* capite repeti posset. conf. not. 52 sub finem].

54) Cfr. et §. 10.

Fr. 3. §. 3. eod. (*Ulpianus* ad Edict. XXVI.): „Si Stichus [qui pecunia data intra certum tempus „manumittendus est] decesserit, an repeti, quod „datum est, possit? Proculus ait: si post id tem„poris decesserit, quo manumitti potuit, repetitio„nem esse: *si minus*, *cessare*.“

D. 19. 5. (d. praesc. verb.) fr. 5. §. 1. (*Paulus* Quaest. V.): — — — „si scyphos tibi dedi, ut „Stichum mihi dares, *periculo meo Stichus erit*, „*ac tu duntaxat culpam praestare debes*.“

Contendunt quidem *Donellus* aliique 55), lo-

55) In Comm. jur. civ. XIV. 21. *Cujacius* in Obs. XXIII. 19. *Retes* l. c. ap. Meermann. Thesaur. T. VI. p. 96. nr. 2. *Eck* in Princ. jur. R. XII. 4. nr. 18. *Neck* l. c. p. 417. *Glückius* l. c. T. XIII. p. 47. Eadem, quae ab his profertur, sententia jam in *Glossa* occurrit, cf. Gloss. ad fr. 5. §. 1. cit. *Cludius* quoque in tractatu cit. de condictione causa data etc. Cap. II. nr. 207. eandem hujus loci interpretationem, petitam ex Cujacio, Cujacii verbis ipsis retentis recipit, et dati repetitionem esse, accipiente casu, quominus impleret, impedito, ait; nihiloque secius paulo inferius Cap. V. nr. 100. contendit: „si causa, ob „quam pecunia fuerit data, absque culpa accipientis „fortuito casu non secuta, vel res absque culpa acci„pientis casu fortuito peremta sit, dati repetitionem „*non* esse“ et pro hac sententia fr. 5. §. 1. cit. affert!

cum hunc posteriorem (fr. 5. §. 1.) nequaquam huc facere, nec sententiae supra prolatae patrocinari; non enim de condictione sed de actione praescriptis verbis hunc textum loqui ajunt, ejumque „acci„piendum esse juxta titulum (de praesc. verb. „actione), sub quo jaceat.“ Igitur, quod dictum sit in fr. 5. §. 1.: „periculo meo Stichum esse,“ ita accipiendum esse, ut non possim agere praescriptis verbis, in quantum mea intersit, non fuisse datum mihi Stichum. De condictione autem aliquid decernere, hoc loco Paulo in mentem non venisse.

At huic interpretationi non solum repugnat mens, quae est formulae: „res meo periculo est,“ cum haec verba, si de contractibus bilateralibus sermo est, semper id sibi velint: si res debita casu perit, perinde est, ac si praestita fuisset, i. e. nunc iis juribus, quae accipiente contractum implere recusante mihi competerent, (ergo illo casu condictione) uti nequeo [56]; sed etiam totius fragmenti

---

Talia penitus sibi repugnantia saepius in ejus tractatu occurrunt. (cf. not. 50. et 70.)

56) Hic loquendi usus inprimis consequitur ex §° 3. I. 3. 24. (de emt. et vend.) et ex multis aliis, qui hac formula utuntur, corporis juris locis. cf. et D. 18 6. (d. peric. et comm. rei vend) T. T. Si res, de qua contractus inibatur, jam ante perfectam conventionem perierat, *nunquam* leges ajunt, rem v. c. em-

Fr. 3. §. 3. eod. (*Ulpianus* ad Edict. XXVI.): „Si Stichus [qui pecunia data intra certum tempus „manumittendus est] decesserit, an repeti, quod „datum est, possit? Proculus ait: si post id tem„poris decesserit, quo manumitti potuit, repetitio„nem esse: *si minus, cessare*."

D. 19. 5. (d. praesc. verb.) fr. 5. §. 1. (*Paulus* Quaest. V.): — — — „si scyphos tibi dedi, ut „Stichum mihi dares, *periculo meo Stichus erit*, „*ac tu duntaxat culpam praestare debes.*"

Contendunt quidem *Donellus* aliique 55), lo-

55) In Comm. jur. civ. XIV. 21. *Cujacius* in Obs. XXIII. 19. *Retes* l. c. ap. Meermann. Thesaur. T. VI. p. 96. nr. 2. *Eck* in Princ. jur. R. XII. 4. nr. 18. *Neck* l. c. p. 417. *Glückius* l. c. T. XIII. p. 47. Eadem, quae ab his profertur, sententia jam in *Glossa* occurrit, cf. Gloss. ad fr. 5. §. 1. cit. *Cludius* quoque in tractatu cit. de condictione causa data etc. Cap. II. nr. 207. eandem hujus loci interpretationem, petitam ex Cujacio, Cujacii verbis ipsis retentis recipit, et dati repetitionem esse, accipiente casu, quominus impleret, impedito, ait; nihiloque secius paulo inferius Cap. V. nr. 100. contendit: „si causa, ob „quam pecunia fuerit data, absque culpa accipientis „fortuito casu non secuta, vel res absque culpa acci„pientis casu fortuito peremta sit, dati repetitionem „*non* esse" et pro hac sententia fr. 5. §. 1. cit. affert!

cum hunc posteriorem (fr. 5. §. 1.) nequaquam huc facere, nec sententiae supra prolatae patrocinari; non enim de condictione sed de actione praescriptis verbis hunc textum loqui ajunt, ejumque „acci-„piendum esse juxta titulum (de praesc. verb. „actione), sub quo jaceat." Igitur quod dictum sit in fr. 5. §. 1.: „periculo meo Stichum esse," ita accipiendum esse, ut non possim agere praescriptis verbis, in quantum mea intersit, non fuisse datum mihi Stichum. De condictione autem aliquid decernere, hoc loco Paulo in mentem non venisse.

At huic interpretationi non solum repugnat mens, quae est formulae: „res meo periculo est," cum haec verba, si de contractibus bilateralibus sermo est, semper id sibi velint: si res debita casu perit, perinde est, ac si praestita fuisset, i. e. nunc iis juribus, quae accipiente contractum implere recusante mihi competerent, (ergo illo casu condictione) uti nequeo [56]); sed etiam totius fragmenti

---

Talia penitus sibi repugnantia saepius in ejus tractatu occurrunt. (cf. not. 50. et 70.)

56) Hic loquendi usus inprimis consequitur ex §° 3. I. 3. 24. (de emt. et vend.) et ex multis aliis, qui hac formula utuntur, corporis juris locis. cf. et D. 18 6. (d. peric. et comm. rei vend) T. T. Si res, de qua contractus inibatur, jam ante perfectam conventionem perierat, *nunquam* leges ajunt, rem v. c. em-

structura ei adversatur. Nam ante verba fri 5. §. 1. supra allata condictionis ob causam datorum mentionem fecerat Paulus (— — — „vel si meum re„cipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob „rem datum, re non secuta"), et illico post haec verba subjicit, Stichum meo esse periculo, idque cum antecedentibus formulâ „*sed si*" jungit, ut inde luce clarius appareat, verbis: Stichus meo periculo est, non solum actionem praescriptis verbis, sed etiam condictionem ipsum denegare; recteque *Corasius* [57]) monet: „quod si ad alteram tantum ac„tionem, de quibus verba fecerat Paulus, relatio „facienda esset, ad condictionem, de qua proximius „loquutus erat Paulus, potius ea verba referenda

toris esse periculo, quamquam emtor, venditore in bona fide constituto, etiam hoc casu non ad id, quod ipsius interest, agere possit. *At hoc casu ideo hac formula non utuntur, quia soluta pecunia condici potest.* cf. 18. 1. (d. C. E.) fr. 57.

57) Miscellaneor. jur. civ. Lib. II. cap. 9. Sic. et *Voëtius* in Comm. ad Pand. XII. 4. §. 5. recte notat: „illic (fr°. 5 §. 1.) tantum de condictione ob causam „datorum sermonem esse, verba immediate antece„dentia abunde evincunt." cf. et *Lauterbachium* l. c. Qua vero ratione *Glückius*, ut firmet *Donelli* sententiam, ad fragmenti structuram provocet, intelligi nequit, cum haec illi sententiae penitus repugnet.

„erant, vel ex protrita regula, quae docet, ad pro-„ximiora debere fieri relationem."

At leges quoque, quae nostrae sententiae (causa casu interveniente non secuta condictionem cessare) repugnent, a dissentientibus afferuntur, praecipue

a) D. 19. 2. (Locati) fr. 15. §. 6. [58]) (*Ulpianus* ad Edict. XXXII.). — „Cum quidam nave amissa „vecturam, quam pro mutua [*cf. Cujacii Obs. III.* „1.] acceperat, repeteretur, rescriptum est ab An-„tonino Augusto, non immerito procuratorem Cae-„saris ab eo vecturam repetere, cum munere ve-„hendi functus non sit: quod in omnibus personis „similiter observandum est."

Hic vero locus contra nostram sententiam proferri nequit, cum de contractu *nominato* Ulpianus agat, *et in hac ipsa specie leges diversa statuant circa contractus nominatos et innominatos.* Si quis enim ex contractu nominato consensuali operas aut usum alicujus rei, certa mercede, relata ad tempus, quo usus praestetur, constituta etc., mihi praestare tenetur, contractus quidem consensu perficitur, partesque obligat; at mercedem non nisi pro eo, quod mihi revera praestitum est, et pro portione ejus, ideoque non prius, quam mihi praestitum est, et

58) *Donellus* l. c. XIV. 21. *Glückius* Erläuterung der Pandecten, T. IV. p. 374.

non nisi in tantum, quantum mihi praestitum est, (nisi casus adversus in *mea* contigisset persona) solvere obligatus sum [59]; sic ergo in locatione conductione. Ideoque si antea pecuniam solvero, quam operas vel usum percepi, mercedem promissam *repraesento* et *praerogo* [60]. Cum ergo casus contigerit in persona accipientis, quo impeditus ex sua parte implere nequit, mercedem solutam repetere licet, quia mercedem non nisi *praerogavi* [61]. His quoque illustrantur alia, quae in locatione conductione obtinuerunt, praecepta, quae in frr. 15. §. 2. 25. §. 6. 27. 33 in fin. D. eod. (v. c. de remissione mercedis etc) extant. Longe vero aliter se res habet

---

59) Cf. Glückium l. c. T. IV. p. 371. Aliter ergo se res habet, si ex conventione non operae aut usus rei praestandae, sed res *tradenda* est, ut emtione venditione inita.

60) *Thibaut* Pandectenrecht. §. 157. nr. III. 1.)

61) Num verae juris rationes huic argumentationi et eis, quae inde sequuntur, faveant, quaeri possit; at legibus sic est constitutum. *Retesius* ap. Meermann. T. VI. p. 135. nr. 15. ex fr. 15. §. 6. derivat: „Ergo „in omnibus contractibus verum est, deficiente re, „propter quam alter dedit aliquid, posse illud repe- „tere.“ Ut vero hoc verum et perpetuum esse possit, (v. c. in emtione) rem jam *ante* contractum defecisse aut periisse necesse est.

contractu *innominato* inito. Si enim, contractu innominato facto (quamquam sit contractus do ut facias, qui similitudinem habet cum locatione conductione) primus impleo, *nunquam, me praerogasse, in antecessum solvisse, dici potest.* Nam antequam solvo, ex conventione mihi haud nascitur actio. Non nisi solvendo ex mea parte mihi actionem ad implendum adquiro, et ut conventio in contractum abeat, efficio. Solvo ergo, quamquam primus, tamen non nisi *(quia mea interest, proprii commodi causa,* neque justo maturius aut in antecessum; ideoque, quamquam casus in persona accipientis contigerit, quo impeditus, promissis stare nequit, ego ob causam non secutam soluta condicere nequeo, quia ille extra culpam positus est, *ego vero nihil praerogavi.* Hoc discrimen sola erit causa, cur aliud statutum sit in fr. 15. §. 6. cit., aliud in fr. 1. §. 13. D. 50. 13. (de extraord. cogniti) et in const. 11. C. 4. 6. (h. t.) [62]), et non nisi hac distinctione facta, cur his locis diversa statuantur, explicari potest. Communis quidem fere est opinio, fr. 1. §. 13. et const. 11. cit. singularia in advocatorum favorem quaedam recepta continere [63]). At hi loci

62) Vid. supra pag. 49 et not. 42.

63) *Sichardus* ad const. penult. Cod. h. t., *Donellus* in Comm. jur. civ. XIV. 23., *Retes* ap. Meermann. T. VI.

illam de advocatis definitionem non ut singulare et proprium aliquid proferunt, nec tale quid verbo innuunt, sed eam ex generalibus principiis colligunt. Accedit, quod idem de aliis contractibus innominatis, ex quibus aliquid *faciendum* est, alii adhuc loci dicant (vid p. 49 50.), conventio autem cum advocato de agenda causa, *promisso honorario*, ad innominatos pertineret contractus (simulac una pars impleverit), ideoque non potest non illud, quod leges de advocatis statuunt, ex generalioribus ad omnes contractus innominatos pertinentibus praeceptis repeti [64].

---

p. 135. nr. 19., *Glückius* in lib. Erläuterung der Pand. T. XIII. p. 43., *Schweppe* in lib. Römisches Privatrecht etc. Ed. II. § 613.

64) *Donellus* (Comm. XIV. 23.) causam, ob quam singulare illud jus circa advocatos obtinuerit, hanc profert: „quia opera advocati promissa in causa suscepta „ejusmodi est, ut statim ab initio magna ex parte ab „illo impendatur, et quidem praecipua, *ut sic quo-* „*que causa videatur ab illo jam inde impleta.* Nam „ab initio coepit causam cognoscere, in eam inquirere, „et cogitatione incumbere in eas res, quae ad vin„cendam causam pertinebant, ut — — se compararet „ad causam suo tempore agendam.“ At (licet argumenta supra allata, ex quibus apparet, illos textus nihil juris *singularis* statuere velle, non respicere

§. 8.

Sententiae supra prolatae: causa ob casum non secuta condictionem causa data, causa non secuta cessare, multi quoque repugnare contendunt

b) D. 12. 4. (h. t.) fr. ult: (*Celsus* Digestor. III.): „*Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum da*„*res:* utrum id contractus genus pro portione em„tionis et venditionis est? an nulla hic alia obli„gatio, quam ob rem dati, re non secuta? In quod „proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, „repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi „Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed „te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam

---

velis) istud Donelli argumentum justo plus, nihil ergo probat. Sequeretur enim ex eo, heredibus advocati, quamquam causam non egisset, pecunia non soluta, actionem praescriptis verbis competere ad solvendam pecuniam. Quaestio vero haec de advocatis etiam momenti practici apud nos est. Si enim illud de advocatis proprium jus esset in advocatis, apud nos quoque valeret; si vero ex eo duntaxat sequitur, quod in contractibus innominatis *non nisi re* contrahatur obligatio, apud nos valere nequit, cum apud nos et in contractibus innominatis jam solo consensu fiat obligatio, ideoque et in illa de advocatis specie idem, quod in locatione conductione juris est, apud nos obtineat.

„potero, quia hominem accipientis non feceris; et „rursus, si tuus est Stichus, et pro evictione ejus „promittere non vis, non liberaberis, quo minus „a te pecuniam repetere possim."

De toto hoc textu a multis agitato quam maxime sibi contrariae sunt interpretum sententiae, aliisque, textum eum „adamantinum, praefractum „et subtilem, qui non habeat similem in jure" nominantibus, alii, v. c. *Cujacius* in Obs. XXIII. 29, *Regnerus ab Oosterga* in Censur. Belg. ad h. fr. (et rectius mea quidem sententia) ejus interpretationem „rem esse facillimam" dicunt.

Ea hujus textus verba, in quibus interpretandis maxime in diversas sententias distrahuntur scriptores, haec sunt: *„et ideo, si mortuus est Stichus, „repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi „Stichum dares."*

Tres diversae interpretum sententiae de interpretandis et explicandis his verbis distingui possunt:

1) Alii locum *de jure poenitendi* in contractibus innominatis competente loqui opinantur [65],

---

65) Hujus sententiae jam *Bartolus* est tum *Duarenus* in Comm. in h. t. Dig et Cod. cap. 4. (Opp. Frcf. 1598. p. 899.), *Voëtius* in Comm. ad Pandect. ad h. t. §. 4., *Noodtius* in Probabil. jur. civ. IV. 5., *v. Neck*

ita ut, si res, ab accipiente praestanda (Stichus) *casu* perierit, dans non quidem ex capite caussae non secutae, attamen ex capite poenitentiae datam pecuniam repetere possit.

Haec hujus loci interpretatio sententiae nostrae supra de specie, in qua causa ob casum sequi nequit, prolatae non quidem repugnat [66], at, (quamvis et jus poenitendi quovis contractu innominato inito competere ponamus) non erit recipienda, cum Celsus nusquam ne verbo quidem, se de jure poenitendi loqui, innuerit, cumque in illa specie, de qua quaerit, jus data repetendi *non ex jure poenitendi, sed disertis verbis ex causa non secuta deducat* („quod ideo tibi dedi, ut „mihi Stichum dares"). Neque, quod illi ponunt, verba illa de Stichi post acceptam pecuniam interitu *casuali* agere, usquam probarunt. vid. nr. 2.)

Contendunt autem

2) alii [67]: ipsam nostrae contrariam sententiam

---

in Diss. not. 36. cit. p. 416., Stryckius in Us. modern. Pandectar. XII. 4. §. 7.

66) Vid. not. 52.

67) *Cujacius* in Obs. XXIII. 29., *Donellus* in Comm. jur. civ. XIV. 21. et in Comm. ad lib. quart. Cod. ad const. penult. h. t., *Retes* in Thesaur. Meermann.

a Celso hoc loco proferri, dantem scilicet, accipiente quamquam *casu fortuito*, quominus ex sua parte impleret, impedito, tamen ex capite causae non secutae data condicere posse.

Repugnant autem huic interpretationi tum omnes supra (pag. 49 et 50.) citati loci, inprimis autem fr. 5. §. 1. D. 19. 5. (de praesc. verb.), quod fragmentum omnino contraria statuit. Interpretationes quidem horum locorum afferunt laudati scriptores, quibus elimineut illos locos; sed certe, quae sufficiant, haud proferunt argumenta ad firmandas illas interpretationes, et plerumque plurima textibus supponunt et ingerunt, de quibus nullibi in istis locis sermo est, ut jam monstratum est [68]), et sequenti §9. ulterius monstrabitur. Tum illi Donelli aliorumque not. 67. citatorum de fr. ult. sententiae jam fragmenti ipsa verba adversantur, verba sc. „*si mortuus est Stichus*". Haec enim verba, si propriam et genuinam earum significationem sequi, accurateque ea interpretari velis, non hoc significant: si Stichus *postea* (post datam pecuniam) *morietur*, postea casu *obibit*, sed certe hoc: si Stichus *jam* (eo tempore, quo pecunia dabatur)

T. VI. p. 96. nr. 2., *Huberus* in Praelectt. ad Pandect. XII. 4. nr. 4., *Glückius* l. c. T. XIII. p. 46—48.

68) Vid. §. 7b. pag. 51. sq.

mortuus est, jam perierat [69]), ita ut, hac horum verborum significatione recepta, Donelli aliorumque not. 67. citt. sententia admitti nequeat.

Alii denique

3) contendunt: in interpretandis fr[i] citati verbis ponendum esse, Stichum, *culpa aut mora ab eo, qui pecuniam acceperat, admissa* mortuum esse [70]). Haec quoque interpretatio meae de condictione prolatae sententiae non repugnat; cum vero Celsus nihil usquam de mora aut culpa commissa loquatur, eique posterior quoque, contra sententiam Nro. 2. propositam ratio allata adversetur, defendi non posse videtur [71]).

---

69) Hujus sententiae etiam est P. Beloïus Varior. jur. civ. I. 9. (Thesaur. Meermann. T. IV. p. 679.)

70) *Glossa* h. h. fr., *Odoffredus* ad h. fr., *Ranchinus* Var. Lectt. III. 8. (in Thesauro Otton. T. V. p. 958. seq.), *I. Corasius* Miscellaneor. jur. civ. Lib. II. cap. 9., *Regnerus ab Oosterga* in Censur. Belg. ad h. fr. In eandem sententiam *Cludius* quoque abit l. c. Cap. V. nr. 118. At Cap. II. nr. 207. ejusdem tractatus Cujacii interpretationem (vd. not. 67.) sequitur!

71) Nonnullis aliae etiam interpretationes placent; sic v. c. *Hilligerus* in Donell. enucleat. XXIV. 21. interlineaturae mutatione hunc textum cum aliis conciliandum esse putat, interrogationis signum post verba

§. 9.

Parum autem negotii esse videtur, sensum hujus fragmenti eruere, idque cum aliis conciliare, mirumque fere est, tam multos in ejus interpretatione haesisse.

Celsus hoc loco quid obligationi, quae nascitur ex conventione: *do* (pecuniam) *ut des* (rem) *quoad condictionem*, sit proprium, investigaturus, ostendit, in hac specie, quotiescunque accipiens vel plane non vel non ad unguem usque adimpleat, *semper condictionem datorum competere* (quod contractu nominato facto aliter se habet, nec in hoc est perpetuum cf. §. 16.). Prima, quae circa hanc rem occurrit quaestio, ea est: num conventio, *do pecuniam, ut rem des*, species emtionis venditionis sit [72]. Recte hoc negat, neque contractum

---

„*Stichum dares*" collocans. At invita totius textus structura; ne quid dicam de interpretatione *Fabri* (Conjectur. VI. 10.), de qua confer Hilligerum l. c. et *Lauterbachii* l. not. 50 cit., aut *Schilteri* in Exercitat. ad Pandect. Ex. XXIV §. 11 — 14.

72) Jam interpretatio verborum: „*utrum id contractus* „*genus pro portione emtionis et venditionis est,*" multis valde difficilis visa est, et, quae in propinquo erant, non deprehendentes, argutias juri contrarias excogitarunt. Exemplo est *Duarenus*, qui (Commentario in h. t. Dig. et Cod. cap. 2.) „horum, ait, ver-

nominatum, sed nullam aliam obligationem esse ait, quam ob rem dati, re non secuta [73]), multum-

„borum hic mihi videtur esse sensus: pro portione „emtionis etc., id est, *quatenus pecunia non excedit* „*Stichi pretium*. Ponamus enim, Stichum decem va- „lere et dari centum, ut Stichus detur; hic quaeritur, „an hoc genus contractus sit emtio venditio saltem „pro portione i. e. quatenus pecunia non excedit pre- „tium Stichi.“ (!) At jam secundum vulgarem loquendi usum haec verba nihil aliud significant, nisi: estne haec conventio *portio* sive *species emtionis* (vid. *Cujacii* Obs. XXIII. 29.), ut et Institutiones (III. 24. §. 2.) simili modo, permutationem propriam speciem contractus a venditione separatam esse, ajunt.

73) Haec quoque verba maximam difficultatem habere multis visa, ut vel *Noodtius* Probabil. jur. civ. IV. 4.) de eis, „se non inficiari, ipsum ea diu multum- „que exercuisse,“ diceret. Rectius vero *Corasius* (Miscellaneor. jur. II. 9.) notare videtur: „miris cru- „cibus in interpretandis verbis istis se cruciare docto- „res.“ Difficultatem in eo positam esse credunt, quod Celsus dicat: conventionem, „dedi Stichum, ut pecu- „niam dares“, emtionis speciem *non* esse, cum contra Paulus in fr. 5. §. 1. D. 19. 5. (de praesc. verb.): „si pecuniam dem, ut rem accipiam, emtionem et „venditionem esse,“ contenderet. Plurimi (inter quos jam *Odoffredus* in Praelectt. ad fr. ult. h. t.) hoc ita explicandam esse putant: in Celsi casu pecuniam non

que eam ab obligatione, quae ex venditione nascatur, differre. Inde sequitur („*et ideo* etc.“ fr.

---

esse datam quasi pretium, Stichi emendi animo, sed quasi rem aut corpus. (*Cujacius* quoque in Obs. XXIII. 29. hanc sententiam profert, sed statim sub finem observationis et in Commentar. ad Tit. de pact. ad fr. 7. et in Notis in Digest. ad h. fr. veram tuetur sententiam). At hoc vanum nullisque rationibus subnixum esse videtur commentum, cum ne minima quidem causa sit, cum putetur Celsus pecuniam magis pro merce, quam pro pretio accepisse, cumque illa interpretatio legibus quoque adversetur. D. 18. 1. (d. C. E.) fr. 1. pr. cf. *Noodt* Probabil. jur. civ. IV. 4., *v. Nock* in Diss. cit. p. 394—409. — *Duarenus* (Comm. in h. t. Dig. et Cod. cap. 2.) eo pervenit, ut Celsum *de donatione remuneratoria* agere putaret; „fieri enim „potest, ait, ut pecunia non detur tanquam pretium, „isque, qui Stichum habet, nunquam illum sit mihi „venditurus, sed tamen facile donaturus, si aliquid „remunerationis loco accipiat, quo casu nemo dixerit, „venditionem esse etc.“ (!). Sed nec hic difficultatis aliquid adesse videtur. Conventio enim: do pecuniam, ut Stichum *des*, venditio esse nequit, quia in venditione non id agitur, ut res *detur*, sive accipientis fiat, idque emtionis modum et formam excederet, sed tantum, ut emtori vacua rei possessio tradatur, eamque sine interpellatione habere liceat. Haec autem

fr. ult.), condictionem ad repetendam pecuniam, quotiescunque aliquid deficiat, vel ab accipiente non rite praestetur, competere. *Si ergo*

---

conventio: do tibi pecuniam, ut rem *accipiam*, naturae emtionis nequaquam repugnat, cum vox accipiendi non id sibi velit, quod verbum dandi. D. 19. 1. (d. A. E. V.) fr. 11 §. 2. fr. 30. §. 1. 18. 1. (de C. E.) fr. 25. §. 1. 50. 16. (d. V. S) fr. 188. Haec jam *Azonis* sententia fuit quorundamque tum veterum, tum nostrae aetatis jure consultorum. cfr. *Cujacius* locis citt. *Cludius* l. c. cap. 2. nr. 188. *Zoesius* not. 50. cit. *v. Neck* l. c. *Schweppe* Roem. Privatrecht etc. Ed. II. §. 461. not. 2.

Repugnat vero huic interpretationi *Noodtius* Probabil. jur. civ. IV. 4. „Si verum est, contendit, illam „conventionem, *ut detur*, apud Celsum excludere „conjecturam initae venditionis: profecto longe est, „ut ob eam permutatio quoque apud Celsum facta vi„deri possit: nam quod ad dationem attinet, eadem „ratio est utriusque contractus: neque magis oportet „rem accipientis fieri ex causa permutationis, quam „ex causa emtionis: ut Paulus testatur in fr. 1. d. rer. „perm.; quin neque illud verum est, venditorem „nunquam obligari ad dandum — —; itaque apparet, „pactum de dando neque adversari naturae emtionis, „neque impedimento esse, quo minus, pecunia data, „ut Stichus detur, emtio vend. dicatur.“

Verum a) eos, qui Celsum de *permutatione* loqui

1) *Stichus mortuus est, id est, eo tempore, quo pecuniam dedi, jam non vivit,*

---

credunt, omnino errare puto, cum in permutatione ab una tantum parte pretium intervenire nequeat. cfr. *Schulting* (not. ad Dig. ed. Smallenburg. T. III. 1820.) ad h. fr., *Cujacius* in Comm. in Tit. de pact. ad fr. 7. de pact. et in not. in Dig. ad h. fr. (qui vero nequaquam sibi constat. cf. ejusd. Paratitl. in Cod. ad Tit. de rer. perm.) b) Certe Noodtius vehementer errat, contendens, nec in permutatione perpetuo id agi, ut res tradita accipientis fiat. Obstat enim fr. 1. §. 3. D. 19. 4. (d. rer. perm.), nec textus a Noodtio citatus ei favet, cum hic (fr. 1. pr. eod.) non nisi id sibi velit: si cui permutatio emtionis species esse *videretur*, dicendum *foret*, non esse necesse, ut in ea merx, utrinque praestita accipientium fieret; hoc vero a natura permutationis alienum esse. cf. et I. 3 24. (d. emt. vend.) §. 2. in fin. Paulus ergo permutationem emtionis speciem non esse. *ex eo ipso argumentatur, quod in permutatione res tradita accipientis fieri debeat:* cf. quoque *Glückium* in libr.: Erläuterung der Pandect. T. XVIII. p. 118-122. ibique scriptores citatos. c) In emtione id etiam agi posse, ut venditor mercem accipientis faciat, et contractum nihilominus emtionem permanere, ut Noodtius opinatur, textibus supra allegatis repugnat. Cum ergo supra alia causa, ob quam conventio: do pecuniam, ut Stichum des, emtionis species esse nequeat, Noodtio

causa ergo jam ab initio, dationis tempore impossibilis est (§. 7a. nr. 3.), *pecuniam datam repetere possum* („et ideo, si mortuus „est Stichus, repetere possum quod ideo tibi „dedi, ut mihi Stichum dares“ fr. ult.).

Objiciet forte huic interpretationi aliquis, idem juris esse emtione venditione contracta, Celsum autem, in quibus *differant* obligatio ex emtione et obligatio ex conventione do ut des, in nostro fragmento exponere in animo habuisse, ideoque verbis „*mortuus est*“ ea significatio tribuatur necesse esse, ut inde differentia inter hanc obligationem et obligationem ex venditione deduci possit; verba ergo illa e. g. de casu accipienda esse, quo Stichus *post* dationem perierit. Verum

a) si vel illud Celso in animo fuisse ponamus, Celsus certe non nisi id monstraturus est, in obligatione ob rem dati re non secuta, si vitium aliquod acciderit, *semper* condi-

---

displiceret, aliam investigare coactus, hanc profert: Celsum de pecunia *peregrina*, apud Romanos mercis loco habita, loqui, et eam ob causam illam conventionem permutationem, non venditionem esse. Verbum itaque „*peregrinam*“ *ab imprudenti librario omissum*, fragmento nostro inserendum esse putat!

ctionem competere, hoc vero venditione contracta non esse perpetuum. Ideoque si et in una aliqua specie, ut in ea, quam Celsus primam affert, idem juris esset in illa obligatione et in obligatione ex venditione, nihilque in ea specie differrent: tamen hac quoque specie apto uti poterat exemplo, quod ad generaliorem ejus definitionem quadraret. Accedit autem,

b) quod vel illa dubitatio nullam haberet rationem; nam emtione inita non nisi tunc pecuniam solutam condicere possum, cum *eo tempore, quo contractus consensualis fiebat, res emta jam esse desiit, neque vero, cum hoc quidem tempore exstabat, sed postea demum, v. c. eo tempore, quo post perfectam venditionem pretium solvo, perierat* [74].

Longe vero aliter se res habet obligatione ob rem dati contracta. innominato contractu reali facto. Hoc enim inito *momentum, ex quo conventio partes vere obligat, tunc demum incipit, cum una pars impleverit, neque vero, quamquam partes jam*

---

74) D. et Cod. de peric. rei vend. (18. 6. et 4. 48.) T. T. coll. c. D. 18. 1. (d. C. E.) fr. 57. pr. fr. 22. 23. 18. 4. (d. hered. vend.) fr. 7. 8. 1.

antea de contractu ineundo verbis convenerint, hujus conventionis tempore; ex illo demum tempore is, qui implevit, vere creditor est [75]), *ex hoc demum tempore* casum sentit (§. 8.), et si res antea, *prius quam ex sua parte impleverat* (quamquam *post* conventionem initam) perierat, *hunc* casum non sentit, dataque, si illud ignorans implet, condicere potest (ut similiter emtor condicere potest, *si*, emtione inita, res *ante conventionem* perierit). Hanc ob causam Celsus ait: „*dedi pecuniam* etc., ideoque, *si* „*mortuus est Stichus*“ (jam dationis tempore) „repetere possum.“ Quod ergo Celsus hoc loco affert, idem ille condictionis casus est, quem supra §° 7.a nr. 3.) posui (si dabatur ob causam, quae jam ab initio, dationis tempore, rerum natura prohibente, sequi non poterat).

Eodem modo

2) *si mihi Stichus tradebatur quidem, sed erat alienus, pecuniam datam condicere possum, quia accipiens ad dandum Stichum erat obstrictus.* („Finge alienum esse Stichum, sed te

75) Cf. supr. not. 13.

„tamen eum tradidisse: repetere — — potero, „quia hominem accipientis non feceris" fr. ult.)

Duobus hoc differt ab emtionis natura. Primo enim: emtio venditio contractus *nominatus* est; si ergo (cf. §. 16.) venditor non rite adimplet, emtorique res evincitur, emtor a contractu non discedere, dataque simpliciter repetere potest, ut contractu innominato facto, sed non nisi ad id, quod ipsius evictionis tempore interest (nisi stipulatio de evictione praestanda subsecuta sit), ei agere licet, ad reddendum integrum pretium, ergo non nisi per consequentiam, si, quod ei evictum est, solutum pretium aequat [76]). Contra vero contractu innominato facto illo casu

76) D. 21. 2. (de evictt.) fr. 1. 60. et inprimis fr. 70. (*Paulus* Quaestion. V.): „Evicta re ex emto actio „non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id, „quod interest, competit. *Ergo, et si minor* [*mi„noris* al.] *esse coepit, damnum emtoris est.*" Item C. 8. 45. (c. t.) const. 23. (*Diocletianus* et *Maximian.* Eustochiae): + — „si — — fundus, quem „emisti, fuerit evictus: — — — quanti tua interest, „rem evictam non esse, (venditores) teneri, non quan„tum pretii nomine dedisti, si aliud non placuit, „publice notum est."

(vel praescriptis verbis ad id quod interest [77]) agi, vel) pretium solutum *integrum* condici potest. Hanc differentiam expressim *Gordianus* in const. 1. C. 4. 64. (de rer. perm.) notat his verbis: „Si cum patruus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus pretii „nomine, licet non taxata quantitate, aliam „possessionem dedit: idque quod comparavit „— — evictum est: ad exemplum ex emto „actionis non immerito id, quod tua interest, „si in patris jura successisti, consequi desideras. *At enim si, cum venalis possessio* „*non esset, permutatio facta est*, idque, „quod ab adversario praestitum est, evictum „est: *quod datum est, si hoc elegeris, cum* „*ratione restitui postulabis.*"

Altera differentia in eo posita est: obligatio ex venditione non nisi eo tendit, ut res tradatur, eamque emtori habere liceat, non etiam, ut omnino ejus fiat (cf. not. 73.). Hanc ob causam, quamquam rem traditam *alienam* esse compererit emtor, tamen, prius quam evincatur (nisi venditor sciens rem alienam vendiderit D. 19. 1. (d. A. E. V. fr. 30. §. 1.), in id, quanti ipsius intersit, rem suam esse

77) C. 8. 45. (de evict.) const. 29.

factam, emtor agere nequit; sed non nisi tunc, cum revera res ei evicta sit, actione contra venditorem experiri potest †). Secus autem est contractu do ut des facto; tunc enim, si rem accepi *alienam*, jam *hac ex causa*, antequam revera res mihi evicta sit, quia res *mea* fieri debuisset, actionem instituere, dataque, si lubet, repetere possum. Hoc ait nostrum fr. ult. et fr. 1. §. 3. D. 19. 4. (d. rer. perm.).

Eodem denique modo

3) si is, qui Stichum promiserat, dominus quidem Stichi erat, sed de evictione repromittere recusat, item datam pecuniam condicere possum: quia, quidquid ei faciendum est, non rite adimplet („Si tuus Stichus est, et pro evictione „ejus promittere non vis, non liberaberis, quo „minus a te pecuniam repetere possim". fr. ult.).

Secundum haec totum hoc fragmentum nihil aliud continet, nisi brevem explanationem casuum, in quibus, obligatione ob rem dati re non secuta contracta, jus data condicendi competere solet, nihil ergo aliud, nisi quod supra §° 7.a expositum est.

---

†) D. 19. 1. (de A. E. V.) fr. 30. C. 8. 45. (e. t.) const. 3. D. 18. 1. (d. C. E.) fr. 25. §. 1. 19. 4. (d. rer. perm.) fr. 1. pr.

Sic etiam fragmento huic nullum de jure poenitendi vestigium inest, neque in eo contenditur, dantem, si *post dationem* res ab accipiente praestanda casu perierit, data condicere posse.

§. 10.

His, quae §° 7b — 9. exposui, satis demonstratum esse opinor, condictionem, causâ ob casum fortuitum, post dationem interveniente, non secuta, nunquam competere. Eorum, qui huic sententiae refragantur (quorum vero argumenta praecipua jam §° 7b — 9. refutata sunt) sunt 1) alii, qui omnino illud negent, condictionemque et illo casu semper competere dicant; 2) alii varias distinctiones afferendo se expedire student.

Donellus ante omnes pure, illo casu condictionem competere, affirmat [78]). Ad firmandam hanc sententiam utitur

a) fr° 6. D. 12. 4. (h. t.) et constᵉ 1. C. 4. 6. (e. t.). His locis indulgetur quidem omnino condictio, etiam casu fortuito, quominus causa sequatur, impediente. At disertis verbis non nisi de speciebus, quibus plane propria et sin-

78) In Comm. jur. civ. XIV. 21. et in Comm. in lib. quart. Cod. ad const. penult. h. t. Eidem sententiae nunc quoque accedit *Schweppe* Römisches Privatrecht. Ed. II. §. 620. not. 10.

gularis natura est, neque vero generatim de contractibus innominatis loquuntur. conf. §um 14.

b) const^e 5. h. t. At hic locus de specie agit, in qua causa jam *ab initio*, jam *dationis tempore* impossibilis erat. conf. not. 47.

c) fr^o ult. D. h. t. At neque hoc fragmentum pro Donelli sententia facit. conf. §. 8 et 9.

Secundum haec nullus locus sententiae Donelli [79]) favet, omnesque §^o 7. allati textus ei repugnant, quos textus Donellus non nisi interpretationibus, certe nullis, quae sufficiant, argumentis subnixis [80]) cum sua sententia conciliare studet.

Eorum, qui varios casus distinguendo illam quaestionem solvere student, quatuor diversae sententiae distingui possunt:

---

79) Eo pervenit Donellus, ut contenderet, quamvis *dans ipse fecerit*, ne causa sequeretur, nihilominus et hoc casu (de quo vid. §. 11.) causa non secuta competere repetitionem! Hoc aperte significari ait in fr. 1. fin. D. h. t. At de hoc fragmento conf. §. 15. Schweppe quoque l. c. §. 620. not. 11. vim justo generaliorem huic fragmento subjicit. cf. §um cit.

80) Hoc tum supra monstravi (conf. §. 7^b not. 55—64.), tum, quoad interpretationem const^is 10. C. h. t., jam *Glückius* (Erläuterung der Pandect. T. XIII. p. 45.) satis monstravit.

1) *Retesius* [81]) Donelli sententiae generatim quidem adstipulatur, at restrictione adjecta.

Sed pro Donelli regula nihil affert, quo firmari possit (vid. supra not. 52. et §. 8. nr. 2.), legesque obstantes (v. pag. 49. 50.) interpretationibus, textuum horum sensui plane contrariis, tollere studet. Sic v. g. [82]) de const. 10. C. 4. 6. (h. t.) [83]) ait; apparere, eam non nisi de certo et singulari casu, in quo contra regulam generalem condictio cesset, loqui „ideoque quaerendum esse casum, in quo cesset repetitio, isque supponendus, cui Caesarum „decisio possit adaptari." (Supponit ergo casum, quem etiam fr. 3. §. 3. D. h. t. innuere credit, et quem statim infra apponam.) „Constitutionem autem „illam de tali tantum casu speciali agere, probari „opinatur verbis: „*si haec causa.*" Nam si Cae„sares non de causa speciali sensissent, generaliter dixissent; *si causa*". (!)

At constitutio non dicit; si haec causa (specialis), *de qua interrogas* (neque, si sic loqueretur

81) In Thesaur. Meermann. T. VI. p. 96. nr. 2. seq. et p. 133. nr. 9. sq.

82) Conf. quoque not. 55.)

83) „Pecuniam a te datam, si haec causa, pro qua data „est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est „secuta, minime repeti posse certum est."

constitutio, sententia Retesii probari posset), sed dicit tantum generaliter: si haec causa, *pro qua pecunia data est* etc. Verbis ergo plane generalibus utitur, verbumque „*haec*“ non nisi ad sequentia „*pro qua*“ spectat. Sic et Basilica (L. 24. T 1. cap. 39.) recte hunc locum generalibus plane verbis utentia vertunt: *τα δοθεντα χρηματα, ἐι και ἡ ἀιτια, ὑπερ ἧς ἐδοθησαν, μη παρ᾽ ἀιτιαν του λαβοντος, ἀλλα κατα τυχην ἐνεποδιϑη, οὐκ ἀναλαμβανονται.* Quid quod in multis exemplaribus verbum „*haec*“, quo tota Retesii interpretatio nititur, non inveniatur, sed pro vocabulis „*si haec*“ vocabulum „*licet*“!

Nonnisi fr. 3. §. 3. D. h. t. difficultatem aliquam habere ei videbatur, in qua multis diebus haesisse fatetur. Solvit autem hanc dificultatem hoc modo: distinguendum esse: si ego. qui prius adimplevi, dederim, *ut fierem locupletior* (ut in permutatione), me, causâ ob casum non secutâ, repetere posse. Si vero non utilitatem meam quaesierim, sed tantum dederim, *ut pareretur voluntati meae*, v. c. ut Stichus manumitteretur, *ut non contemneretur praeceptum meum* de manumittendo servo, repetere me non posse, si causa ob casum non sequeretur, cum in hac specie nullus sit praecepti mei contemtus, et dici nequeat, non fuisse causam secutam, propter quam dederim.

Sunt vero tum loci, qui condictionem, causa ob casum non secuta, denegent, quamquam non nisi eo animo dedi, ut ex datione alterius aliquid adquirerem (vid. p. 49. 50.); tum quaeri potest: quo loco in fr. 3. §. 3. citato dictum sit, dantem nonnisi id egisse, *ut non contemneretur* id, quod praecepit de servo manumittendo? Id potius egit, *ut servus manumitteretur*; servus vero decessit ante manumissionem, ergo — *causa, propter quam dedit*, casu non est secuta, — et tamen repetitio ei denegatur.

2) Alii [84]) vero sic distinguunt: causa ob casum fortuitum non secuta, data repeti *non* posse, *excepto eo*, si accipiens datione adhuc locupletior sit [85]). Dici hoc in fr. 5. pr. §. 3. 4. D.

---

84) *Huberus* in Praelectt. ad Pandect. XII. 4. nr. 4., *I. H. Boehmer* in Introduct. in jus Digestor. XII. 4. §. 5 et in Doctrin. de actt. Sect. II. cap. 5. §. 21., *Hoepfnerus* Comment. über d. Institutionen. §. 957. not. 1. *Günther* in Princ. jur. Rom. §. 1117. *Schweppe* l. c. §. 620. not. 10. coll. c not. 13., *Gans* in libr. Ueber Roem. Obligationen-Recht. p. 207.

85) Permutatione vero facta *semper* condictionem competere *Huberus* l. c. opinatur; hoc enim Celsum in fr. ult. D. h. t. dicere. At fragmentum hoc non de permutatione loquitur (conf. not. 73. med.); causaque, cur differat permutatio ab aliis contractibus innominatis, nulla intelligi potest. Contra vero *Hoepf-*

h. t. Sed hi textus (s. communem sequaris s. Gansii de jure poenitendi sententiam) disertis verbis non nisi de tali specie loquitur, in qua jus poenitendi competit, hocque, quoties competebat, uti poterat dans, si poenitentiâ nullo accipiens damno afficiebatur. Si autem de repetitione ex capite *causae non secutae* sermo est, nusquam talem distinctionem leges afferunt.

Distinctiones aliorum (nro 1 et 2. prolatas) jungit *Glückius* [86]). Proponit enim *a*) regulam cum Retesio: causa ob casum non secuta condictionem omnino competere. Sed *nova* argumenta, quibus haec probari possit regula, non praestat. Ea enim ratio quam l. not. 86. cit. p. 39. profert: dationem semper hoc animo et ea cogitatione fieri, ut accipiens praestet, quod promisit, singularis sane est,

---

nerus l. c. existimat, proprium quid in permutatione utique statuendum esse, sed ei, quod Huberus contendit, plane contrarium! Permutatione enim contracta, causa ob casum fortuitum non sequente, *nunquam* condictionem competere dicit, fr. 5. §. 1. D. (de praesc. verb.) non nisi ad permutationem trahens. Sed cur hoc sola in permutatione? Nulla discriminis causa afferri potest.

86) Erläuterung der Pandect. T. XIII. p. 39—45. T. IV. p. 372. seq. et 384. sq.

et quae nihil probare possit. Sit enim istud; quisque enim creditor casu adverso interveniente exspectationibus frustrari, casuque damno adfici potest. Si vero Glückius l. c. T. IV. p. 372. sq. de datione *conditionata* loquitur, certe res plane diversas confundit. Nemo enim contractus innominatos ad negotia *conditionata* pertinere dicet. Nam si hoc ita esset, et emtio venditio, locatio conductio et quae sunt generis ejusdem conventiones negotia conditionata essent. — b) Obstantes autem generali suae regulae leges 87) non nisi exceptos casus

---

87) Non nisi constitutionem 10. C. h. t. regulae illi repugnare videri ait (l. c. T. XIII. p. 44 - 46.); sed eam, cum sit principis rescriptum, ita esse explicandam, *ut juri constituto consentanea sit*; casum *ergo* exceptum esse supponendum, in quo contra regulam generalem condictio cesset. At petitionem principii hic involvi apparet, cum Glückius *regulam suam* eamque jure constituto receptam fuisse non probaverit. Ipse quoque, casum exceptum, qui huc quadret, quomodo inveniat dubius, cum constitutio nihil tale quid innueret, his tandem acquiescit: „Genug, die „meisten Rechtsgelehrten sind damit einverstanden, „dafs das Gesetz von einer der angeführten Ausnah- „men zu verstehen sey." At satisne hoc? Fragm. autem 5. §. 1. D. de pr. verb. eo, quem ad not. 55.

continere contendit, scilicet D. 12. 4. (h. t.) fr. 3. §. 3. (cum Retesio vid. supra p. 76.), fr. 5. pr. eod. (cum Boehmero, vid. supr. p. 77.) locosque de advocatis agentes (cf. not. 63.). At in his locis *de exceptionibus* nullibi sermo est (cf. quae supra de his textibus exposui). Si vero c) ab eo, qui primus implevit, *factum* aliquod praestandum fuerit, nihil repeti posse per se patere, Glückius (T. IV. p. 383.) ait, quia facta infecta fieri nequeant, et quia actio ad id, quod interest, contra accipientem, casu liberatum, indulgeri non possit: vera quidem haec est decisio, sed *Glückius* in ea nequaquam *sibi* constat. Quomodo enim Glückius aliud, si quid datum, aliud, si quid factum sit, statuere potest, cum ipse l. c. p. 372. *sq. aequitate atque ratione juberi* dicat, ei, qui rem dederit jus repetendi indulgeri? Nonne, si hoc verum esse ponas, similiter aequum rationique consentaneum foret, ei, qui *fecit*, actionem in factum tribui non ad id, quod ejus interest, sed tamen ad veram ejus, quod fecit, aestimationem recipiendam. Leges enim, quotiescunque datorum repetitionem aequitate jussam esse existimant, etiam huic, qui *fecit*, remediis semper succurrunt; (conf.

e. g.

---

retuli, modo tollere studet. T. IV. p. 384. not. 59. et T. XIII. p. 47.

e. g. §. 3. et 11.) certe ergo etiam hoc casu actionem in factum indulsissent, si repetitionem *datorum* justam esse credidissent.

Levioribus argumentis

3) ea, quam Hofackerus [88]) affert, distinctio nititur. Ea enim est: si casus fortuitus obfuerit, quo minus causa sequeretur, minime posse repeti id, quod datum sit, *ut aliquid detur*, sed posse repeti id, quod datum sit, *ut aliquid fiat* [89]).

Ad refutandam vero hanc plane arbitrariam distinctionem sufficiet allegasse D. 12. 4. (h. t.) fr. 3. §. 3. fr. 5. pr., D. 50. 13. (de extraord.

88) In Princ. jur. civ. Rom. T. III. (cura Ch. Gmelin) §. 3096.

89) Eâdem distinctione utitur *Franzkius* in Comm. in Pand. XII. 4. nr. 11. seq.; posteriorem vero speciem (cum datum sit, ut aliquid fiat) multis subdivisionibus scindit, locos, qui de jure poenitendi (cf. supr. hoc §. nr. 2.) et de locatione conductione (contractu *nominato*) agunt, perperam huc trahens. Easdem fere, quas Franzkius, distinctiones etiam *Bachovius* ad Treutl. Vol. I. Disp. 22. Th. 2. affert, qui vero post multas prolatas distinctiones casus huc pertinentes propter eorum diversitatem certa regula vix posse definiri putat.

cognitt.) fr. 1. §. 13., C. 4. 6. (h. t.) const. 10. 11.

Hofackerus ad firmandam sententiam suam: posse repeti, quoties datum sit, *ut aliquid fiat*, non nisi fr. 3. §. 2. D. 19. 5. (d. pr. verb.) laudat. Sed quomodo hic textus hanc opinionem firmet, intelligi nequit. Locus enim hic de talibus casibus loquitur, in quibus danti, utrum condictione *an actione praescriptis verbis* experiri velit, eligendi potestas data est, de casibus ergo, in quibus debitor vel contumaciter implere recusat, vel *culpa* commissa implere nequit; aliter enim actioni praescriptis verbis locus non esset.

Eodem denique modo nullis argumentis nixa distinc io

4) *Iano a Costa* [90]) placuit. Existimat enim: „*permutationem*, de qua sola agat fr. 5. §. 1. „D. d. pr. verb., hoc casu emtionem imitari; „ergo eum, qui dedit, si res ab altero danda „casu perierit, repetere non posse. Aliter vero „se rem habere in *aliis* contractibus innomina„tis; in his dantem omnino repetere posse (fr. „ult. D. h. t.)" [91]).

---

90) Comm. in Inst. III. 23. §. 3. (p. 437. Ed. v. d. Water).

91) Similem distinctionem Huberus et Hoepfnerus pro-

At, ut saepius monui, et §° 9. monstrasse existimo, fr. ult. D. h. t. de re praestanda, *casu post dationem* interveniente consumta, nequaquam loquitur, nullaque insuper causa est, cur permutatio differat a ceteris speciebus conventionis do ut des (v. c. *do* rem, ut *pecuniam* des); omnes enim, aeque ac permutatio, emtioni similes sunt.

§. 11.

Cessat praeterea condictio

5) si dans ipse, sive consulto *sive* culpa commissa, causa fuit, cur accipiens promissis stare nequiret. Sequitur hoc jam per se ex generalibus juris praeceptis [92]). Falso autem et ad-

---

bant, nisi quod Huberus contrariam fere recipit decisionem. conf. not. 85.)

92) D. 50. 17. (d. R. I.) fr. 39. 35. 1. (de condd. et demonstratt.) fr. 24. 44. 4. (de dol. mal. except.) fr. 6. 21. 2. (de evictt.) fr. 56. §. 5. Exemplum autem, quod *Glückius* Erläuterung der Pandect. T. XIII. p. 31. ad illustrandam hanc speciem affert (si mulier ei, cui nuptura erat, dotem dedisset, aut pecuniam, quam ipsi debebat, dotis nomine acceptam fecisset, mulier autem postea alii nupsisset — eam data repetere non posse), nequaquam huc quadrat, cum hoc casu sponsa *nequaquam* dotem perdat. conf. infra. §. 14. — Const. 15. C. 5. 3. (de donatt. ant. nupt.), quam Glückius huc trahit, huc non pertinet.

versus generalia legum praecepta *Glückius* l. c. T. XIII. p. 32. definitionem illam ad eam duntaxat speciem restringit, cum dans ipse, *obligatus ad causam promovendam*, impedierit, quominus sequeretur, ad hanc distinctionem inductus fr. 1. §. 1. D. h. t. At hic textus allatis praeceptis generalibus nequaquam adversatur, cum expressis verbis de casu proprio et speciali loquatur (conf. §. 15.), Glückiusque ipsi sibi contrarius est, cum eadem supra citata pagina hunc textum ipse ad casus speciales restringat.

6) Si dans turpe quid datione commiserit aut spectaverit [93]).

7) Transactione inita, cum in ea, litium sopiendarum et finiendarum causa ei, qui ipse quid dedit, ut alter a lite discederet, si hic promisso non stet, data repetere et litem demortuam resuscitare non erat permissum [94]), nisi

93) D. 12. 5. (de condict. ob turp. caus.) fr. 1. 3. 4. 8. 12. 4. (h. t.) fr. 2. *Fines tres* in Hermog. p. 436. *Glückius* l. c. T. XIII. p. 30.

94) C. 2. 4. (de transactt.) const. 6. 30. Eodem modo ei, cui erat aliquid promissum, ut a lite discederet, si alter promissum non impleret, non erat permissum, demortuam litem instaurare. Multi vero contendunt,

lex commissoria fuisset transactioni adjecta, aut partes mutuo dissensu a transactione recessissent [95]).

Denique

8) condictio non habet locum, si is, qui implevit, non dedit aliquid, *sed fecit*, cum, quod factum est, *rei ratione* repeti aut infectum fieri ne-

---

transactione inita non nisi *jus poenitendi* exulare; si vero alter contumaciter implere recuset, veterem actionem institui, et transactionis exceptionem doli replica elidi posse. *Schweppe* Röm. Privatrecht. §. 523., *Thibaut* Pandectenrecht. §. 923., *Glückius* Erläuterung der Pandect. T. XIII. p. 21. Notissimi quidem et indubitati juris est, jus poenitendi, quamquam in aliis contractibus innominatis id competere ponas, in transactione non competere. cfr. l. c. const. 39. At vero etiam ob causam non secutam a transactione discedi non posse, ut ab aliis contractibus innominatis, const. 6 et 20. lucutenter ajunt; non enim de jure poenitendi agunt. Neque obstant const. 28. eod. fr. 27. pr. D. 5. 2. (de inoff. test.), ut jam *Retesius* in Thes. Meermanni T. VI. p. 119. nr. 10. et 11. monstravit. Cfr. et *Leyser* Medd. ad Pand. sp. 46. med. 5., *Malblanc* Princ. jur. Rom. §. 298., *Günther* Princ. jur. Rom. §. 1152.

95) C. 2. 4. (d. transactt.) const. 17. 14. *Thibaut* Pandecten-Recht. §. 925. not. *a*), *Leyser* l. c.

queat. At ne is, qui implevit, remedio destituatur, superest ei in his casibus, in quibus alioquin condictio competeret, actio doli, *nisi velit praescriptis verbis ad implendum agere.* Non enim, si remedia huc pertinentia rite separaveris, opponi potest, actionem doli esse non nisi subsidiariam, atque, dum actio praescriptis verbis locum habere possit, institui non posse. Nam ei, qui implevit, competere solet *a*) actio praescriptis verbis ad implendum, aut *b*) si hanc eligat, condictio, cujus ope data repetit atque a conventione recedit. Cum vero, rei ratione prohibente, condictione is, qui implevit, uti nequeat, quia factum condici nequit, jus autem data repetendi *per se* ei competeret, *in condictionis* locum subsidiaria doli actio succedit. De hoc ipso casu fr. 5. §. 3. D. 19. 5. (de pr. verbis), nuper quoque agitatum, loquitur 96).

Uno vero casu etiam is, *qui fecit*, repetere potest condictione, quando scilicet, ut ait Retes, factum in vim dationis cessit, v. c. si quod quis

---

96) *I. Corasius* Miscellaneor. jur. civ. L. II. cap. 10. nr. 5., *Retes* in Thes. Meermann. T. VI. p. 118. nr. 2 — 4., *Poehls* Lehre von d. Innominat-Contracten. §. 30. cf. et C. 2. 21. (d. dolo mal.) const. 4.

mihi debebat, debitori acceptum tuli, ut mihi praestet aliquid: acceptilatum, si debitor promissis stare cessat, condicere possum [97].

Condictionem autem non posse non cessare, si is, qui dedit, nihil, quod ipsi accipiens praestaret, pactus sit, sed sola, eâque tacita, *spe* dedit, quod v. c. se ab eo, cui dedit aliquid, remunerari existimaret, aut ut eum commoveret, ad aliquid ipsi praestandum, dans vero opinione falsa se deceperit, et tale quid non sequatur, jam sponte liquet [98]. Hoc enim casu nulla est datio ob causam, sed integra et simplex donatio.

97) D. 12. 4. (h. t.) fr. 4. 10. Nec vero obligatio vetus condicitur et restituitur, quae semel sublata resuscitari nequit, sed pecuniam, quam acceptam tuli, quasi data fuisset, repetere possum. Nihil enim interest, ait Javolenus, utrum ex numeratione pecunia ad accipientem sine causa, an per acceptilationem pervenerit. cfr. et fr. 9. D. 19. 5. (de praesc. verb.) Si vero acceptilatio fuerit interposita *dotis* constituendae causa, nec nuptiae secutae, vetus manet obligatio, acceptilatioque interposita nulla est, nisi pecuniam ipsam accepto ferens repetere malit. D. 1. 33. (de jur. dot.) fr. 43. 12. 4. (h. t.) fr. 10. *Retes* l. c.

98) D. 12. 4. (h. t.) fr. 3. §. 7. in fin. C. 4. 6. (e. t.) const. 7.

CAPUT IV.

Casus aliquot condictionis ob causam datorum et sine causa, qui plerumque cum condictione ob causam datorum circa contractus innominatos perperam confunduntur, sed singularibus plane rationibus reguntur.

§. 12.

Sunt aliquot species, in quibus item condictio ob causam datorum locum habet, quae vero pro parte propriis regulis utuntur, a praeceptis de condictione, *contractu innominato* facto, competente, accuratissime separandis. Quum vero multi non nisi illas proprias species spectantia praecepta et textus huc ad condictionem contractu innominato inito competentem trahere soleant, titulique Digestor. et Cod. de condictione ob causam datorum etiam illas species attingant, interpretandorum huc pertinentium textuum et inprimis finium inter diversos hos casus accuratius regundorum causa superest, ut illae species hoc loco recenseantur atque explicentur.

Prima, quae hic occurrit, est

I.) condictio, quae *donatione sub modo* inita, adcommodata est.

Ante vero, quam de hujus condictionis casibus diligentius agi possit, necesse est, donationis sub modo notionem accuratius definire.

Proprio et strictiori sensu [99]) modi vocabulo leges nostrae vim tribuunt cujuscunque *praecepti*, quo, dationi rei, *principaliter ad utilitatem et lucrum accipientis spectanti* adjecto, vel constituitur, ad quid rem datam integram aut pro parte accipiens convertat, vel *aliud quid, quod accipiens faciat*, ei praescribitur.

Sola hac notione modus ab aliis partium placitis discerni potest, eaque sola cum eo, quo leges modum (sensu-stricto) accipiunt, sensu congruit. Plerumque vero alia modi profertur notio, et nonnisi pauci [100]) cum nostra de modi notione sen-

---

99) Sensu plane generali modus denotat, quidquid naturae obligationis *conventione* adjicitur, v. c. ut sit alternativa etc. D. 44. 7. (d. O. et A.) fr. 44. §. 3. 46. 1. (d. fidejussorib.) fr. 72.

100) *Hugo* Lehrbuch des heutigen Roem. Rechts. Ed. VI. 1820. §. 64., *Schweppe* Röm. Privatrecht. Ed. II. §. 121., *Warnkoenig* Inst. jur. Rom. priv. §. 54.

tentia consentiunt. Ante omnia ergo haec sententia argumentis firmanda est:

1) *Principalis*, qui rei cujusdam dationi inesse debet, finis, si eam *dationem sub modo* esse, et ad accidentalia negotiorum pertinere, *in eaque proprias, quas leges de modo praecipiunt, regulas locum habere velis*, non potest non hic esse, ut ex datione *lucrum sentiat accipiens* (accipienti lucrativus sit). Cum enim dans ea *principaliter* mente dederit, ut ad suam ipsius utilitatem ab accipiente aliquid recipiat, et id, quod accipiens praestet, danti principalis dationis finis fuerit: nulla extat datio sub modo, sed non nisi datio ob causam [101]), i. e. nihil aliud, nisi conventio onerosa cum mutuis partium praestationibus (mit Leistung und Gegenleistung), quo casu Romani nunquam modi vocabulo technice utebantur [102]). Alio-

---

101) Schweppe. l. c.

102) Cf. D. 12. 4. (h. t.) et 19. 5. (de pr. verb.) T. T. Ait quidem fr. 6. D. 19. 5. (de praesc. verb.): „in„sulam *hoc modo*, ut aliam reficeres, vendidi" etc., at hoc loco modum nihil aliud, nisi „Art und Weise" significare apparet, neque vero modi terminum technicum (si enim hoc quis contenderet, inde sequeretur, quamcunque mutuam praestationem modum esse). Simili sensu permultos alios locos modi vocabulo uti

quin enim quaeque emtio venditio, quaeque locatio conductio, quaeque permutatio etc. emtio sub modo, locatio sub modo, permutatio sub modo esset.

Si vero, contractu *oneroso* inito, alteri parti specialis *insuper* praestatio per pactum adjectum injungitur: haec quoque praestatio modus esse nequit, sed extra praestationem principalem praestatio secundaria est, *totius debitae praestationis pars.* Hoc quoque casu Romani nunquam modi vocabulo sensu stricto utuntur, *neque hoc casu propria, sed generalia, quae in omnibus conventionibus onerosis de mutuis praestationibus, locum habent juris praecepta.* [103]). Talis ergo praestatio secundaria ut *pro-*

---

per se patet, v. c. D. 18. 1. (de C. E.) fr. 41. pr. 35. 1. (de condd. et demonstratt.) fr. 17. §. 3. et fr. 64. coll. c. fr. 106. eod.

103) V. c. C. 4. 44. (de rescind. vendit.) const. 14. D. 20. 4. (qui pott. in pign.) fr. 9. pr. 19. 2. (Locati) fr. 19. §. 3. fr. 58. §. 2. fr. 9. §. 2. 18. 1. (de C. E.) fr. 75. fr. 41. pr. Mirum est, posteriorem quoque locum (fr. 41. cit.) tanquam de modo exemplum continentem, allegari. Ait enim locus inter alia: — — „nec sub conditione emtio facta intelligetur, veluti „si *hoc modo* emtor interrogaverit: erit mihi fundus „emtus, ita ut eum intra Cal. Iul. liberes; vel ita: „ut eum intra Cal. a Titio redimas?" Sed hoc loco

prium, quod negotiis accedere possit, accidentale modi nomine notari nequit.

Negat quidem hoc major scriptorum pars; sed ex ipsis, quas proferunt definitionibus et ex eis, quae inde sequuntur, refutari possunt. Sic v. c. *Glückius* et *Günther* [104]) aliique [105]) modum sic definiunt, ut eum finem esse, propter quem ineatur negotium, negotio adjectum dicant. At hoc neque, si, quae leges, neque si, quae illi ipsi scriptores de modo proferunt exempla, verum, nequaquam certe perpetuum est. Allegant enim illi tanquam modi exempla (nequaquam autem veri modi

---

modi vocabulum non nisi „Art und Weise" significare posse, vix opus erit monere; probatur hoc insuper sequentibus verbis „*vel ita*". Attamen Glückius (Erläut. der Pandect. T. IV. p. 461.) *modi* nititur vocabulo, quod hoc fragmento occurrit, inprimis hanc ob causam, quia illo loco ad praestationem pacto adjecto injunctam praecepta de conditionibus non trahantur. Sane sic est! nec vero quia illa praestatio modum continet, sed quod partem totius debitae praestationis efficit; ideoque *ex contractu* ad implendam eam agi potest. conf. quoque const. 14. cit.

104) *Glückius* Erläuterung der Pandect. T. IV. p. 460., *Günther* Princ. jur. Rom. §. 230.

105) *Hofacker* Princ. jur. Rom. §. 197., *Brinkmann* Inst. jur. Rom. §. 110.

exempla continent) fr. 41. pr. D. de C. E. et fr. 58. §. 2. D. Locati. Sed eae, de quibus hi loci agunt, praestationes, quae ex pacto contractui adjecto debentur, et quas illi scriptores modos esse dicunt, nequaquam *fines* sunt, *propter quos contractus inibatur*; ergo secundum illos ipsos scriptores modi esse nequeunt.

Iusto latior autem haec modi notio causam quoque dedit ad derivanda inde principia juri contraria. Ob modum non impletum data repeti posse, leges ajunt [106]. Cum vero Glückius aliique supra (not. 104. 105.) citati praestationes *nominato contractui oneroso*, v. c. emtioni et locationi per pactum adjectas *modos* dicant: inde concludunt, talem contractum ob praestationem illam (pacto adjecto injunctam) non impletam — rescindi posse [107]! Hoc vero, falsam esse, quam de modo protulerunt notionem, admoneri poterant. Nusquam enim tale quid exorbitans leges constituunt, ipsaque fragmenta citata disertis verbis, in illis casibus *non nisi ad implendum* agi posse, ajunt [108]. Non nisi negotio *lu-*

---

106) Vid. §. 13.

107) *Glückius* l. c. p. 468. 469. et T. XIII. p. 24., *Günther* l. c. et §. 931.

108) Cf. quoque inprimis C. 4. 44. (de resc. vendit.) const. 14., *Thibaut* (Pandectenrecht. §. 130.) hoc evi-

crativo inito leges illud admittunt, et jam hanc ob causam modi notio tantum ad negotia lucrativa trahatur, necesse est.

2) Alii notionem modi ita restringunt, ut eum legem esse dicant de convertendis eis, quae dabantur. Exempla quidem, quae leges nostrae de modo proferunt, de talibus casibus agere solent. At nulla est, quae intelligi possit, ratio, cur modi notio ita restringenda sit, cum illa legis, quae modo continetur, natura nullam ad juris praecepta, quibus modus regatur, propriam vim habere possit. Si enim donationem hoc modo factam: do tibi mille ea lege, ut partem summae convertas in emendum amico tuo

---

taturus, ob modum non impletum data non nisi in contractibus innominatis et in donatione repeti posse, contendit. Sed ita, si tamen modum et in aliis onerosis negotiis statuit, in his modus in partem duntaxat totius debitae praestationis abit, et ex iisdem praeceptis, ex quibus principalis e negotio praestatio, dijudicandus est. In quibus enim hoc casu modus ab aliis praestationis principalis partibus et a praestationibus ex pacto adjecto debitis differret? Concedit ipse Thibaut, modo, qui nominato contractui oneroso adjectus sit, non impleto, nihil aliud juris esse, nisi quod universim, adversario principalem praestationem adimplere renuente, juris sit.

horologium — donationem sub modo esse dixeris, cur non eadem ratione ea quoque donatio: do tibi mille hac lege, ut Titio horologium *tuum* des — donatio sub modo sit, non perspicio. Utroque casu eadem juris principia valeant, necesse est, et non nisi id modum ab aliis negotiorum legibus distinguere potest, quod negotium, cui modus adjectus est, principaliter tendat ad utilitatem et lucrum accipientis. Accedit, quod nostris quoque legibus exempla contineantur modorum, qui nequaquam de re accepta in usum aliquem convertenda quidquam praecipiant [109]).

3) Alii in aliis modi notionem justo plus restringunt. Ita Poehls [110]) donationem sub modo ait esse „ein Vertrag, Kraft, dessen Jemand „einem Andern ex mera liberalitate Etwas zu „einem bestimmten Zweck giebt, *der des Em„pfängers Nutzen bezielt.*“ Huic vero definitioni ipse principalis de modo locus (D. 35. 1. (de condd. et demonstratt.) fr. 17. §. 4.) repugnat, cum hic non nisi exempla modi contineat, in quibus *modus* adjectus nequaquam

109) D. 40. 4. (de manum. test.) fr. 17. §. 2. fr. 44. 30. (de Legat. I.) fr. 92. §. 1. *Schweppe* l. c.

110) Lehre von den Innominat-Contracten. p. 41.

accipientis utilitatem spectat †). Ejusdem de modo sententiae, quam Poehls profert, est quoque *Hoepfnerus* (Comment. über die Inst. §. 409.) et *Hufeland* (Lehrbuch des gemeinen Civilrechts T. I. §. 545.). *Hoepfnerus* ergo, si modus utilitatem dantis vel alius personae (non accipientis) spectet, negotium *donationem cum contractu oneroso conjunctam* esse putat. Miram definitionem! Negotium aut principaliter est donatio, aut principaliter contractus onerosus; tertium non datur; utrumque enim junctum esse nequit; sane vero negotium principaliter donatio esse potest juncta cum onere aliquo (Nebenauflage), quod vero negotium ob id ipsum, quia *principaliter donatio* est, aliis, quam quibus conventiones onerosae, regitur juris praeceptis. Similem, quam Hoepfner, etiam Bergmannus ††) de modo profert sententiam.

†) *Cajus* de Legat. ad Edict. Praet. II. „Quod si cui „in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti „monumentum testatori, vel opus aut epulum munici„pibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: „sub modo legatum videtur.“

††) In Comm. de natura donationum sub modo Romanorum. Goett. 1808. 8.

tiam. Contendit enim, „eas donationes, quae „lege sua utilitatem vel donantis vel alius cu„juscunque personae, excepto donatario, com„plectantur, a donationibus plane separandas et „species potius contractuum realium onetoso„rum in iis accipiendas esse.“ Huic vero sententiae leges nostrae adversantur; tale enim praeceptum, negotio quoad finem principalem *lucrativo* adjectum, leges semper *modum* appellant (conf. fr. 17. §. 4. cit.). Si ergo cuidam sub tali lege quidquam *dono*, i. e. si *datio* mea *principaliter* lucrum accipienti quaerendum spectat: certe negotium nihil est, nisi donatio sub modo. Defendit quidem Bergmann suam sententiam fragmenti 13. §° 2. D. de donatt. int. vir. et uxor. Sed fragmentum hoc non nisi *exempla certi* cujusdam *generis* continere, apparet ex fr. 17. §. 4. supra cit., pleneque contra Bergmannum probat const. 1. C. 8. 55. (de donatt. quae sub mod.). Hac enim constitutione donatio ea lege facta, ut certa alimenta *donatori* praeberentur, donatio appellatur, et tanquam *donationis sub modo* species affertur; idem occurrit in const. 10. C. 8. 56. (de revocand. donatt.) et in const. 3. C. 4. 38. (de C. E.). Neque pro Bergmanno facit locus, quem const.

6. et ult. C. 4. 64. (de rer. perm. †††) in Codice obtinent et titulus, quo comprehenduntur, ex quibus colligere studet, casus, de quibus constitutiones hae agant, ad contractus innominatos onerosos pertinere. Rubrica enim tituli est: de rerum permutatione et *praescriptis verbis*. Actio autem praescriptis verbis nequaquam contractibus innominatis propria est, sed etiam ex donatione sub modo et ex aliis negotiis datur.

Onerosi vero contractus notio nequaquam, ut Bergmann opinatur, in eas species cadit, quales ad donationem sub modo retuli. Nam si donationem oneroso negotio opponere velis: hoc tale negotium sit necesse est, in quo *mutuae* veniunt *praestationes* invicem ut fines, quorum causa negotium initur; donatio vero tale, in quo accipientis lucrum et erga hunc liberalitas primarius negotii finis est. Si Berg-

†††) Const. 6. (*Dioclet.* et *Maximian.* Protogeni): „Rebus certa lege traditis, si huic non pareatur, prae„scriptis verbis incertam civilem dandam actionem, „juris auctoritas demonstrat."

Const. ult. (*Iidem* Paulinae): „Ea lege rebus do„natis Candido: ut — — menstruum seu annuum tibi „praestaret — — —: ad implendum placitum prae„scriptis verbis competit actio."

mann ipsi sibi constaret, postremo coactus esset contendere, eam quoque sub modo donationem, quae lege sua utilitatem accipientis complectitur, in contractum abire onerosum. Nam hoc quoque casu accipiens ad faciendum aliquid saepe compelli potest (conf. §. seq. in fine), quod ipsi saepius in onus abire posset.

§. 13.

Quamquam donatio sub modo etiam tum, cum donans implevisset, non proprie ad contractus reales nominatos referri possit: Romani tamen ad hunc contractibus innominatis valde similem casum praecepta de contractibus innominatis maximam partem trahebant, *quousque propria harum donationum natura non proprias posceret regulas.* Hanc ob causam donanti, simulac impleverat, eligendi potestas dabatur, utrum actione praescriptis verbis ad implendum modum contra donatarium experiri [111]), an, si accipiens moram facit, aut contumaciter implere recusat aut culpa sua impeditus implere nequit, data repetere velit condictione causa data causa non secuta [112]). Si vero accipiens casu

111) C. 8. 54. (de donatt.) const. 9. 4. 64. (de rer. perm.) const. ult.

112) C. 4. 6. (h. t.) const. 2. 3. 8. *Uno* casu vel rei vindicatione uti potest, C. 8. 55. (de donatt., quae sub

impeditur, quominus legi pareat, condictio cessat; *quin etiam cessat, si jam ab initio lex impleri non poterat, a donante impossibilis dicta erat lex; neque refert, utrum sciverit donans*, legem esse impossibilem, *nec ne.* Posterius hoc, in quo donatio sub modo differt a contractibus innominatis, a multis negatur, ab aliis saltem, uti videtur, non justis argumentis defenditur. Sic v. c. *Thibaut* (Pandectenrecht. §. 130. not. p.) eandem sententiam probat; sed argumentum, quod ad firmandam hanc sententiam affert (similem esse casum negotio, cui conditio resolutiva affirmativa adjecta sit) non penitus quadrare videtur. Modus enim impossibilis (*praeceptum*, quod impleri nequit), si eum cum conditionibus resolutivis comparare velis, similis esset conditioni resolutivae *necessariae, negative conceptae* (quam Thibaut minus apte, uti videtur, „negativ unmöglich" nominat), quae illico existit, negotiumque ergo illico resolvit [113]). Si enim dico: dono tibi centum ea lege, ut Stichum emas (*modus*): haec lex, in conditionem resolutivam mutata, ita concipienda esset: si Stichum *non* emeris, centum reddere debes. Si

modo) const. 1. *Thibaut* Pandectenrecht. §. 130. not. u.)

113) *Thibaut* l. c. §. 124. 125.

ergo Stichus jam donationis tempore perierat, omnino centum reddenda sunt; conditio enim non poterat non existere; pactum ergo, in quo conditio resolutiva negotio adjecta erat, vim exserit et — principale negotium solvit. Sic expressis verbis constitutum est in D. 39. 5. (de donatt.) fr. 2. §. ult. (conf. not. 114.). Ex illo ergo argumento, quod Thibaut affert, plane contrarium consequeretur.

Verum enim vero praecepta de conditionibus ad negotia, quibus *modus* adjectus est, trahi nequeunt. Modus enim non est conditio. Leges certe hoc modo ratiocinantur: si cui quid *dono* sub lege aliqua, *principaliter* id specto, ut lucrum inde redundet accipienti. Lex, quam donationi adjeci, potius est *causa donandi*, aut donatio ei nonnisi *occasionem* aliquam praebuit (*Beweggrund*, *Veranlassungsgrund*, non ut in datione *ob causam*, in qua „causa" praestationem ab accipiente praestandam significat); utrum autem hîc causa falsa sit vel impossibilis, nec ne, nihil refert; causa enim, quae dantem movit, non spectatur (conf. not. 114. 115.). Si donans hoc casu, impossibili forte per errorem causa adjecta, datorum repetendi jus sibi servare vult: modum in conditionem mutet, et tanquam conditionem negotio adjiciat necesse est; semper ergo hoc casu facti quaestio est, quid partes spectaverint. Hoc vero posteriore casu id, quod negotio adjicitur,

non modus remanet, sed in conditionem abit, quam multi, sed certe minus recte, *mixtum* modum appellant. Summa ergo huc redit: modo impossibili adjecto — utrum jam ab initio impossibilis sit, an post donationem demum casu fortuito interveniente in impossibilem abierit, utrum donans, impossibilem eum esse, sciverit, an ignoraverit, nihil refert — data repeti nequeunt; si vero accipiens modum, qui impleri poterat, non implet, aut ipse demum, culpa commissa, causa est, cur impleri nequeat, condictio datorum omnino competit, cum his casibus accepta retinere non mereatur accipiens. Haec omnia confirmantur fr. 2. §. ult. D. 39. 5. (de donatt.) [114]) et const. 8. C. 4. 6. (h. t.) [115]).

---

114) *Julianus* Digestor. LX.: „Titio decem donavi ea „conditione, ut inde Stichum sibi emeret. Quaero, „cum homo, antequam emeretur, mortuus sit: an ali„qua actione decem recipiam? Respondit: facti ma„gis, quam juris quaestio est; nam si decem Titio in „hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus: „mortuo Sticho condictione repetam; si vero alias „quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum „emere proposuerat, dixerim, in hoc me dare, ut „Stichum emeret; *causa magis donationis, quam* „*conditio dandae pecuniae existimari debebit, et* „*mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.*“ Conf. et D. 12. 6. (de condict. indeb.) fr. 52. 65. §. 2.

115) *Diocletianus* et *Maximinianus* Flaviano: „Dictam

Condictionem tunc quoque cessare, cum, modum adjectum impleri, nil omnino donantis intersit, cum ergo ejus tantum utilitatem respiciat, cui res data fuit, jam ex generalibus [116]) juris praeceptis confici potest [117]). Sed hoc casu semper, quod Retes [118]) cum Bartolo rectissime notat, tenendum est, accipiente scilicet modum implere refragante repetitionem locum habere, si hoc casu aliquo modo, legi accipientem parere, dantis intersit, qui v. c. modo adjecto prospectum voluerit accipienti, quem noverat esse minus industrium et qui facile dissiparet pecuniam, nisi illam collocaret etc. [119]). —

„legem donationi, *si non impossibilem con-* „*tinent causam*" [utrum autem causa jam ab initio impossibilis fuerit, an postea demum impossibilis facta sit, utrum porro donans id sciverit, an ignoraverit, non distinguunt imperatores], „ab eo, qui hanc sus- „cepit, non impletam, condictioni facere locum juris „dictat disciplina. Quapropter si titulo liberalitatis „res tuas in sponsam conferendo certam dixisti legem, „nec huic illa, *cum posset*, paruit: successores ip- „sius de repetendis, quae dederas, si hoc tibi pla- „cuerit, convenire non prohiberis."

116) *Schweppe* Röm. Privatrecht. §. 148.

117) D. 35. 1. (de condd. et demonstratt.) fr. 71. pr. *Thibaut* Pandectenrecht. §. 130.

118) In Thesaur. Meermann. T. VI. p. 124. nr. 8.

119) Fr. 71. cit.

Cessat denique condictio, donatione sub modo inita, si ipse donans effecit, ut modus impleri non possit. Hoc enim ipso modum remisit.

§. 14.

II.) (Conf. §. 12.) Condictio, quae dote data vel promissa, nuptiis vero non secutis, competit.

Dotis datio vel promissio eo casu, quo dans ad eam constituendam non est obligatus [120]), similitudinem habet cum donatione sub modo. Attamen non penitus referri potest ad donationem sub modo, ut multi, v. c. Retes l. c. opinantur, cum propius ad donationem *conditionatam*, quam ad donationem sub modo accederet, ideoque in ea ex parte alia juris praecepta locum haberent, quam quae donatione sub modo inita valent. Quum autem multi praecepta locaque huc pertinentia perperam miscuerint cum eis, quae de contractibus innominatis et de donatione sub modo valent [121]): finium inter condictiones, contractu innominato facto et dona-

120) Si is, qui dotem ante nuptias dedit, ad dotem constituendam obligatus erat, nulla adest difficultas. Nuptiis enim non sequentibus juris officium constituendae dotis semper cessat, ideoque dos praerogata semper condici potest.

121) Exempla vid. not. 47. fin. not. 92. et pag. 73. fin. et 35.

tione sub modo inita et hoc casu competentes, regundorum causa, accuratius de hoc casu, utquaedam exponantur, superest.

Dote data vel promissa id agitur, ut, quae dantur, nuptiis secutis in ferenda matrimonii onera convertantur. Nequaquam autem *lex* est dotis dationi adjecta accipientique dicta, *ut nuptiae sequantur*; sed partes non nisi id agunt, ut accipiens data in illum duntaxat finem impendat, ita ut, si eventus, in quem dos dabatur, non sequatur, finis ergo ille propositus in irritum cadat, ex qualicunque hoc fiat causa, accipiens data reddat. Dos ergo praerogata, quamdiu matrimonium sequi *potest*, condictione repeti nequit [122]; condictio autem ad repetendam dotem competit *semper*, si nuptiae non fuerint secutae, nihilque refert, utrum accipiens ducere nolit, an *qualicunque ex causa* non possit. Nullam enim leges distinguunt causam [123]. Sponsa

---

122) D. 12. 4. (h. t.) fr. 8. 23. 3. (de jur. dot.) fr. 7. §. 3.

123) C. 4. 6. (h. t.) const. 1. (*Antoninus* Callistheni): „Pecuniam, quam te ob dotem accepisse — — pro„ponis, impediente quocunque modo juris auctoritate „matrimonium constare, — — — jure condictionis „restituere debes" etc. D. 12. 4. (e. t.) fr. 9. pr. (*Paulus* ad Plaut. XVII.): „Si donaturus mulieri jussu

ergo, quae dotem praerogaverat, etiam matrimonio eam ob causam non sequente, quia legibus interdictum est, data condicere potest, quamquam illud sciverit (quo casu in contractibus innominatis condictio cessat) [124]). Quin etiam data fructusque interim perceptos repetere potest, si *ea ipsa* causa est, cur nuptiae non sequantur, si ipsa nuntium miserit [125]). De actione praescriptis verbis

---

„ejus sponso numeravi, nec nuptiae secutae sint, „mulier condicet" etc. fr. 7. §. 1. eod. (*Julianus* Digestor. XVI.): „Fundus dotis nomine traditus, si nup„tiae insecutae non fuerint, condictione repeti potest." Idem ajunt fr. 7. pr. fr. 6. pr. §. 1. fr. 8. fr. 10. eod. Const. 1. cit. multos interpretes vexavit, cum eam ad condictionem contractu innominato facto competentem traherent. At non de contractu innominato, sed de dotis datione disertis verbis agit.

124) D. 12. 7. (de condict. sin. caus.) fr. 5. Cfr. quoque inprimis, quae *Thibaut* in libro civilistische Abhandlungen. p. 332. sq., huc facientia scite notat.

125) D. 22. 1. (de usur.) fr. 38. §. 1. (*Paulus* ad Plautium. VI.): „si fundus ob rem datus sit, veluti dotis „causa, et renunciata affinitas, fructus quoque restituendi sunt. — — — — — *Sed et si per mulierem* „*stetit, quominus nuptiae contrahantur*, magis est, „ut debeat fructus recipere." D. 23. 3. (de jur. dot.) fr. 7. §. 3.

cunctis his casibus sermonem esse non posse, per se patet.

§. 15.

Ne condictio, quae contractu innominato facto locum habet, cum aliis condictionis casibus perperam confundatur, postremo

III.) haec praeterea notanda erunt:

Saepius id agi potest, ut ex praecepto quodam impleto pendeat potestas juris alicujus adquirendi, ita ut, si praecepto paruerim, et quae a me danda erant, dederim, *eligere* mihi concessum sit, utrum jus adquirere aut retinere, an nihilominus jus omittere — dataque repetere velim. Datio ergo hoc casu jurisque adquisitio *invicem* ex se pendent, i. e. si dedi, juris adquirendi potestas mihi competit; *si vero nunc jus adquirere nolo*, aut *aliis ex causis adquirere non possum*, quae dedi, condictione causa data causa non secuta repetere possum, quoniam, ut ajunt leges, non contrahendi animo dederam. Huc pertinet, si quid dedi conditionis implendae causa, ut legatum vel hereditatem adquirere possem. Hoc casu, si conditione adimpleta tamen hereditatem vel legatum repudio, vel ultimam voluntatem nullam esse apparet, vel ea ulla ex causa rescinditur, quae dedi condictione repetere possum. Ad hunc solum casum, qui a multis perperam cum condictione, quae contractu innominato facto com-

petit, confunditur, unde falsa non posse non sequi patet [126]), spectant fr. 1. §. 1. fr. 2. D. 12. 4. (h. t.) fr. 65. §. 3. D. 12. 6. (de condict. indeb.) [127]).

---

126) Cf. not. 79. et §. 11. init.

127) Fr. 1. §. 1. cit. (*Ulpianus* ad Edict. XXVI.): „si „parendi conditioni causa tibi dedero decem, *mox* „*repudiavero hereditatem* vel legatum, possum con- „dicere." Fr. 2. eod. (*Hermogenianus* Jur. Epitomar. II.): „sed et si falsum testamentum sine scelere „ejus, qui dedit, vel inofficiosum pronuncietur, ve- „luti causa non secuta decem repetentur." Fr. 65. §. 3. cit. (*Paulus* ad Plautium XVII.): — „agere per „condictionem propter conditionem legati vel heredi- „tatis, sive non sit mihi legatum sive ademtum lega- „tum, possum, ut repetam, quod dedi, *quoniam non* „*contrahendi animo dederim*, quia causa, propter „quam dedi, non est secuta; *idem et si hereditatem* „*adire nolui vel non potui.*" *Duarenus* in Comm. ad Tit. D. et Cod. de condict. causa data etc. cap. 2. justo latius horum locorum extendit sensum.

Movet autem *Retes* (in Thes. Meerm. T. VI. p. 146. nr. 2.) dubitationem, quae venire possit; eidem vero illico recte respondet. Ait enim: „posset dubitari, „an is, qui decem dedit conditionis implendae gratia, „postea hereditatem vel legatum repudiare possit, cum „impletio conditionis videri posset agnitio legati aut „hereditatis aditio. — Sed actus, qui sub conditione „suspenditur, purus remanet impleta conditione, quasi

Eaedem regulae locum habeant necesse est, quotiescunque quis ex sua parte quidquam dederit, ut juris adquisitionem *praepararet*, jurisque adquirendi *potestatem* sibi pareret [128]).

„nunquam adjecta fuisset conditio (D. 28. 6. (de vulg. „subst.) fr. 48. §. 1. 46. 2. (de novatt.) fr. 9. §. 1. „C. 6. 51. (de caducis toll.) const. un. §. 7.). Ergo „voluntas aut intentio illius, qui sub conditione here-„ditatem accipiens illam adimplet, non progreditur „ulterius, quam ut sublata conditione purum reddat „actum; ergo poterit post impletam conditionem re-„pudiare, quemadmodum posset, si pure heres fuisset „institutus; immo, et postquam fecit, quod jussus erat „sub conditione facere, non aliter heres erit, quam „si separatim hereditatem adierit." D. 28. 7. (de condd. inst.) fr. 13. 26.

128) D. 12. 4. (h. t.) fr. 13. (*Marcianus* Regular. III.): „si filius contulerit fratri, quasi agniturus bonorum „possessionem, et non agnovit: repetere eum posse, „Marcellus Lib. 5. Digestorum scribit." Fr. 3. §. 6. eod. (*Ulpianus* ad Edict. XXVI.): „Si quis, quasi „statu liber, mihi decem dederit, cum jussus non es-„set, condicere eum decem Celsus scribit."

CAPUT V.

De condictione, causa data, causa non secuta, circa contractus nominatos.

§. 16.

Secundum ea, quae hucusque exposita sunt (§. 7. sq.), contractu innominato facto condictio nostra praecipue competit, accipiente in mora constituto, aut contumaciter implere recusante, aut culpa sua, quominus impleret, impedito. In his vero quam maxime differunt contractus innominati *a nominatis*. Contractu enim nominato inito ei, qui jam ex sua parte implevit, in illis casibus nequaquam a contractu discedere dataque condicere licet, sed ei *non nisi actio ex contractu ad implendum vel ad id, quod ipsius interest, praestandum* competit [129]). Permulti sunt loci, qui hoc expressis

129) Si vero id, quod ipsius interest, eo redit, ut contractus solvatur, dataque reddantur, etiam in hoc eum agere posse patet, sed hoc *non nisi per consequentiam, quia ad id, quod ipsius interest, pertinet;* non ergo ex suo arbitrio penitus pendet, utrum a contractu discedere, an ad implendum agere velit;

verbis constituant †), et omnes paene scriptores in eo

---

sed si contractum solvi cupit, antea *monstrare* et *probare* debet, ipsum non nisi hac via omne, quod sua intersit, recepturum; neque condictione, sed tantum actione ex contractu ad hunc finem experiri potest. D. 45. 1. (de V. O.) fr. 135. §. 2.

†) C. 4. 38. (de C. E.) const. 8. (*Diocletianus* et *Maximinianus* Diogeni): „si non donationis causa, sed „vere vineas distraxisti, nec pretium numeratum est: „*actio tibi pretii, non eorum, quae dedisti,* „*repetitio competit.*“

Const. 9. eod. (*Iidem* Severo): „emti fides ac „venditi, sine pretio nulla est. Placito autem pretio „non numerato, sed solum tradita possessione, *istiusmodi* contractus non habetur irritus.“ etc. C. 4. 44. (de resc. vend.) const. 14. (*Iidem* Basilicae): „ea con„ditione distractis praediis, ut quod reip. debebatur, „qui comparavit, restitueret: venditor a se celebrata „solutione, quanti interest, experiri potest: non ex „eo, quod emtor non satis conventioni fecit, con„tractus irritus constituitur.“ C. 4. 64. (de rer. perm.) const. 1. (*Gordianus* Therasiae): „si, cum patruus „tuus venalem possessionem haberet, pater tuus — — „aliam possessionem dedit, idque quod comparavit, „— — — — evictum est: ad exemplum ex emto actio„nis non immerito id, quod tua interest, si in patris „jura successisti, consequi desideras. *At enim* si, „cum venalis possessio *non* esset, permutatio facta

consentiunt ††). Rationes autem, ex quibus hanc differentiam interpretari volunt, non tales afferre videntur, quae sufficiant. Sic v. c. *Donellus* l. c. ait: differentiam hanc inde redundare, „quod, con„tractu nominato consensuali facto is, qui prius dedit,

„est [contractus *innominatus*], idque, quod ab adver„sario praestitum est, evictum est: quod datum est, „si hoc elegeris, cum ratione restitui desideras."

Ejusdem argumenti sunt: C. 4. 37. (pro socio). const. 2. 4. 38. (de C. E.). const. 12. 4. 49. (de A. E. V.) const. 4. 10. 11. 12. 4. 44. (de resc. vend.). const. 3. 4. 10. (de O. et A.). const. 5. 4. 64. (de rer. perm.) const. 4. 7.

††) Cf. v. c. *Glossam* ad fr. ult. D. 12. 4. (h. t.), *Abelis* Strasburgici Comm. in l. jurisgent. D. de pactis. (Hannov. 1613.) p. 26., *Donelli* Comm. jur. civ. XIV. 23. et Comm. ad Tit. D. de praescript. verb. Cap. II. nr. 8., *Retesii* Opusc. in Thes. Meerm. T. VI. p. 119. nr. 5., *Lauterbachii* Coll. Pand. XII. 4. §. 8., *Glückii* Erläuterung der Pandect. T. XIII. p. 22. 24. Pauci admodum sunt, qui illud negent, e. g. *M. Hollerus* in Diss. de poenitentia in contractibus nominatis perinde ac in innominatis competente. Traj. ad Rh. 1734., quam vero Holleri dissertationem satis refutavit *G. Ch. Schreiber* (Pr. T. I. Reinharth) in Diss. de poenitentia unius partis ob moram vel perfidiam alterius in contractibus nominatis exule. Goett. 1737. 4.

„dit, obligatus erat ad dandum id, quod prius dedit, „ita ut ab eo ultro peti posset, si non daret. Nam „quod adversarius ab eo *petere* potuit, multo magis „ab eo datum potuit adversarius *retinere*, ut proinde „merito repetenti obstet exceptio doli mali. — — „Aliud, pergit, placuit in iis contractibus, qui con„sensu obligationem non pariunt; — — nam ex „hoc genere contractus qui dedit alii, et necdum „quidquam ab eo accepit, nullo modo adversario „obligatur ad dandum, quod dedit, *eoque* (??) nec „ad datum relinquendum."

Sed huic argumentationi jam hoc obstat: ex eo, quod contractu innominato facto is, qui prius dedit, ad dandum *actione* compelli non poterat, nequaquam per se, ut Donellus opinatur, sequitur, adversarium id, quod accepit, retinere non posse. Permulti enim sunt casus, in quibus ab altero traditio vel datio rei exigi nequit, res vero sponte tradita vel data ab accipiente *retineri* potest. Cur vero contractu innominato facto hoc non perpetuum sit et exceptio contractus initi saepius denegetur, cum contractu nominato facto in iisdem casibus locum haberet, hujus diversitatis causam Donellus nequaquam explicuit.

Non magis ea, quam *Retes* l. c. affert, ratio admittenda est. Contendit enim: „in contractibus

„nominatis condictionem locum non habere, quo„niam perfecti sint, ex quo consensus intervenerit „vel res vel verba vel scriptura: innominatos vero „contractus, quamvis obligare incipiant, ex quo una „pars impleverit sive alter ex contrahentibus, non „tamen unquam perfici, donec utraque pars im„pleat." Sed mera haec est petitio principii, contractus innominatos, si una tantum pars implevisset, non esse perfectos; is enim, qui accepit, plane obligatus est et ad implendum *actione* compelli potest. Sed et ponamus, non esse perfectos illo casu contractus innominatos. *Ex qua causa* vero perfecti non sunt? Haec Retesio, si illam differentiam interpretari volebat, afferenda et explicanda erat.

Causae illius differentiae in promtu sunt, si ex fundamento et causa condictionis supra (§. 3. et 6.) allatis proficiscimur. Naturae conventionis, *plene et penitus obligantis* convenit, ut mutuae partium praestationes et officia *non nisi conventionis legem sequantur, et secundum hanc constituantur*, excepto eo, quod damno injuriâ allato damni hujus resarciendi necessitas accedat. Hanc ob causam, nisi contrarium partes expressim pacti inter se fuerint, altera pars contra adversarium moram facientem non nisi agere potest ad praestandum id, *quod convenerat*, i. e. ad implendum; neque vero

a conventione discedere potest; hoc enim conventioni repugnaret. Iisdem ex causis, si accipiens culpa commissa implere nequit, non nisi ad id, quod dantis interest, agi potest; et iisdem ex causis cuncta haec jus Romanum constituit in iis contractibus, quibus plenam obligandi vim tribuit, i. e. in contractibus nominatis.

Aliter vero rem se habere in contractibus innominatis, ex iis, quae supra §. 3 et 6. allata sunt, sponte consequitur.

Pacto nudo inito, secundum justitiae aequitatisque praecepta *necesse erat*, ut is, qui ex sua parte impleverat, saltem, cum ei actio ad implendum denegaretur, *contra injurias* ab accipiente illatas defenderetur. Accipiens dum pacti fidem servat, nec quidquam contra pactum facit, beneficio pacti conventi exceptionis uti potest. Simulatque vero contra facit, injuriamque committit (moram aut culpam etc.), revera ex injusta causa possidere incipit. *Cum vero is, qui dedit, eum actione ad implendum compellere nequiret,* ei saltem jus competere fas erat, circa pactum talem se praestandi, qualem adversarius se praestiterit, i. e. pactum non servandi, et — quod dedit condictione repetendi, aut si opus erat, actione doli experiundi. — Contractibus innominatis postea receptis, in his quidem condictione non opus erat

ad defendenda et servanda ejus, qui implevit, jura, cum actione praescriptis verbis tutus esset. Sed nota est ratio, quam Romani in excolendo jure tenebant; nova introducentes, antiqua, quae modo usquam novis non penitus ropugnabant, et in quantum fieri poterat, servabant; ICtisque Romanis, quorum auctoritate actio ad implendum in contractibus innominatis introducebatur, eo magis illud tenendum erat, cum ab eo, quod hucusque juris erat, nimis recedere non possent, sed ei, in quantum fieri poterat, nova annectere debrent.

Sic ergo, actione ad implendum introducta, tamen condictio ad resolvendum servabatur, et sic differentia illa inter contractus nominatos et innominatos sponte sequitur et explicatur, quae omnino ἀνομαλον quid in contractibus innominatis erat, simulac ex eis actio ad implendum dabatur. Ex generalibus juris principiis et ex rei natura, ut scriptores plerumque opinantur, nequaquam hoc confici et illustrari potest, sed tantum proficiscendo ab historia.

CAPUT VI.

De usu hodierno condictionis causa data causa non secuta circa contractus innominatos.

§. 17.

Ex his quoque sponte consequitur, quid statuendum sit de quaestione, num apud nos quoque in Germania contractu innominato facto condictio locum habere possit in iis casibus, in quibus contractu nominato inito apud Romanos denegabatur (§. 16.)?

Condictionis usum apud nos in contractibus innominatis, accipiente moram faciente, aut propria culpa, quominus impleret, impedito, nemo in dubium vocare solet; non nisi dubium illud jus poenitendi apud nos exulare credunt [130]). Sed si nobis-

---

130) Sunt adeo, qui jus poenitendi adhuc apud nos locum habere putent, v. c. *Lauterbach*, sed pauci tantum conf. *Glückii* Erläuterung der Pandect. T. IV. p. 294. T. XIII. p.

Jus vero illud poenitendi, licet apud Romanos *semper* in contractibus innominatis, in quantum fieri

met constare volumus in applicandis Germanici juris principiis, condictionem etiam in illis casibus (accipiente scilicet moram faciente, aut culpa, quominus impleret, impedito) apud nos locum *non* habere, contendere necesse est. Cum enim *a*) apud nos quodcunque pactum vitio carens nec contra leges factum jam per se soloque partium consensu actionem pariat, eandemque apud nos vim idemque robur habeat, quod obligatio ex stipulatione 131)

potuerit, locum habuisse ponamus, tamen apud nos non posse non exulare, hoc accuratius probare opus non erit. cf. *Thibaut* Pandectenrecht §. 168. *Schweppe* Roem. Privatrecht. §. 621. Nequaquam vero sibi constat jus provinciale Württembergicum, cum, *omnibus* conventionibus jam per se et solo consensu generaliter obligandi vim et actionem tribuens, tamen contractu innominato facto poenitendi jus admittat, nec prius actionem ex contractu indulgeat, quam una pars impleverit. Sequebatur in hac specie sententias quorundam scriptorum, qui eo tempore, quo jus prov. Württ. componebatur, vivebant, v. c. Sichardi. conf. inprimis *Weishaar* Handbuch des Württ. Privatrechts. T. III. §. 950—954.

131) *Hoepfner* Commentar über die Institutt. §. 801. *Güntheri* Princ. jur. Rom. §. 948. *Thibaut* Pandectenrecht. §. 168. *Ejusdem* civilistische Abhandlungen p. 54. *Schweppe* Röm. Privatrecht §. 447. Utrum jure

aut ex alio contractu nominato; cum deinde *b*) contractu nominato facto apud Romanos condictio in illis casibus hanc ipsam ob causam exulaverit, quia contractus ab initio et per se plene obligabat, et plenam vim habebat (§. 16.); cum *c*) in contractu *innominato*, v. c. permutatione, *si stipulatio accedebat*, *hanc ipsam ob causam etiam in contractu illo innominato apud Romanos quoque condictio locum non habuerit* [132]), apud nos vero quodcunque pa-

---

Canonico, an moribus Germanicis hoc introductum fuerit, latius investigare, huc non pertinet. Ea vero, quam Schweppe l. c. affert, causa nequaquam admittenda esse videtur.

132) C. 4. 64. (de rer. perm.) const. 4. (*Diocletianus* et *Maximinianus* Leontio): „cum precibus tuis ex„presseris, placitum inter te et alium permutationis „intercessisse, eumque fundum a te datum vendidisse, „contra emtorem quidem te nullam habere actionem „perspicis, — — — — Sed si secundum fidem placiti „stipulatio subsecuta est: successores ejusdem, cum „quo contractum habuisti, convenire non prohiberis. „*Si vero nulla stipulatio intercessit*, praescriptis ver„bis actio est, ut *vel* fides placiti tibi servetur, *vel*, „quod alterius accipiendi fundi gratia dedisti, causa „non secuta restituatur. Const. 7. eod. (*Iidem* Ti„motheo): emtionem rebus fieri non posse, pridem „placuit. Igitur cum frumenti certam modiationem „Callimacho et Acamato te dedisse, ut tibi reprae-

ctum jam per se idem polleat, quod stipulatio (aliusve contractus nominatus); cum ergo *d)* ad contractus innominatos (in quibus apud nos non amplius *re* opus est, ut ex eis actio praescriptis verbis nascatur) apud nos jam non de pactis Romanis *pro parte tantum obligantibus* praecepta trahi et applicari possint, quia talia pacta apud nos non exstant, sed stipulationum et ceterorum contractuum nominatorum vis ad eos trahenda sit: *apud nos quacunque conventione inita, accipiente moram faciente, vel culpâ, quominus impleret, impedito, condictio cessare debet, et non nisi actio ad implendum et ad id, quod interest, praestandum competere potest,* nihilque refert, utrum conventio sit contractus nominatus an innominatus [133].

„sentet olei designatum pondus, adseveres: si placitis „citra stipulationis solennitatem non exhibeant fidem, „quantum dedisti causa non secuta condicere pro de„siderio tuo potes."

133) Inde quoque apparet, ea, quae supra de condictionis origine, causa et fundamento explorabantur, haud levis esse momenti. Si, ut Glückius et Schilterus opinantur, condictionis fundamentum tacitus partium consensus esset, apud nos quoque locum habere deberet (conf. infr. hoc §. nr. 3.). Sed secundum ea, quae §. 6. exposita sunt, talis consensus ejus

Condictio ergo apud nos, nullo inter conventionum genera discrimine facto, in his duntaxat casibus competere potest:

1) quoties jam apud Romanos contractu plene obligante, i. e. nominato facto locum habebat. Huc vero nequaquam culpa aut mora ab accipiente commissa, sed tantum tales casus pertinent, in quibus *aliis generalibus ex causis* conventio nulla est, aut rescindi potest, hacque ex causa danti data, quorum dominium ab eo recesserat, reddenda sunt. Hoc evenit v. c., si ex conventione jam ab initio nulla dabatur aliquid, datorum autem dominium non apud dantem remanserat, quia e. g. accipiens accepta bona fide consumserat, aut nummos acceptos cum suis, ut discerni non possent, miscuerat †); item si sub conditione promissa praerogo ita, ut data accipientis fiant, conditio vero postea deficit [134]; item si sub conditione resolutiva rem

---

fundamentum esse non *potest*, cum contractu nominato inito jam apud Romanos denegata sit.

†) D. 18. 1. (de C. E.) fr. 57. pr. fr. 23. fr. 41. §. 18. 1. 4. (de hered. vend.) fr. 7.

134) Arg. Dig. 23. 3. (de jur. dot.) fr. 7. §. 3. Si ita praerogavi, ut non nisi conditione existente res accipientis esse incipiat, conditione deficiente data non

fungibilem dedi, et conditio, re ab accipiente consumta etc., existit [135]); eodem modo saepius arrha data condici potest [136]).

2) In iis donatione sub modo facta casibus, qui §. 13. relati sunt. Si enim condictionem in his casibus apud nos quoque hanc ob causam locum habere contendere nolis, quod Justinianus, donationis pactum jam per se soloque consensu actionem parere, constituisset, et tamen in eo condictionem non sustulisset [137]) (ratio enim

---

condicere, sed *vindicare* possum. cfr. quoque. D. 7. 9. (usufructuarius quemadm.) fr. 12. in fin. I. 4. 6. (de actt.) §. 15.

135) D. 39. 6. (de M. C. D.) fr. 24. fr. 35. §. 3. fr. 18. §. 1. Si vero species sub conditione resolutiva data est, conditione existente vindicanda (aut actione ex conventione agendum) est, condici vero nequit, cum, conditionibus resolutivis existentibus, dominium *ipso jure* ad dantem revertatur (transitus legalis). Hoc jure ergo et in mortis causa donationibus utimur D. l. c. fr. 29. 14. Vindicationem utilem tantum, quae interdum et *non domino* detur, hoc casu donatori non ut domino, sed ex aequitate tantum dari, male contendit *Retes* in Thes. Meermann. T. VI. p. 129. 130. Conf. enim *Thibaut* Abhandlungen p. 366-378.

136) D. 19. 1. (de A. E. V.) fr. 11. §. 6.

137) Hac ex causa videtur *Glossa*, hoc ἀνόμαλον quid esse

haec non prorsus quadrare videtur, cum Justinus non ex *modo*, donationi adjecto, *jam per se* actionem dedisset, sed tantum *donatario* actionem ex pacto tribuisset): tamen condictioni in allatis donationis sub modo casibus apud nos locus sit necesse est, quia in iis Justinianus *ob ingratitudinem ab accipiente commissam* expressim condictionem confirmavit [138]), repetitio autem ejus, quod donabatur, ab accipiente ingrato apud nos locum habere nemo negat.

3) In casibus §°. 14 et 15 expositis. Condictionis apud nos quoque usus in his casibus negari nequit, cum *in eis* condictio nequaquam propriis, quae de contractibus innominatis realibus valent, praeceptis, sed tantum *tacito partium consensu* nitatur, qui apud nos in iisdem casi-

---

in jure Romano, putasse. Ait enim ad fr. ult. D. h. t.: „condictio ob causam non habet locum in contracti- „bus nominatis — — — nisi in casu donationis — — „quae donatio est hodie contractus nominatus [*con*- „*tractus* quidem non est, sed jam solo consensu nasci- „tur ex ea actio ut ex contractu consensuali], quia „solo consensu fit s. pacto etiam nudo. . . Olim au- „tem erat innominatus (?), cum consensu non fieret „solo.“

138) C. 8. 56. (de revocand. donatt.) const. 10.

bus idem quoque est, ideoque eandem vim habeat necesse est.

Apparet ex his, vel quoad usum practicum magni esse momenti, notasse condictionem causa data causa non secuta non semper eodem fundamento niti, et diversa in diversis casibus condictionis fundamenta accurate distingui.

§. 81.

Secundum haec omnia contendi poterit, in iis libris et compendiis, in quibus juris Romani modernus quoque, qui dicitur, usus affertur, non recte doctrinam de condictione causa data causa non secuta exhiberi.

Omnes paene (antiquiores quoque) scriptores diversa condictionis nostrae, quae ei in diversis speciebus sunt, fundamenta et causas eruere et distinguere omittunt, et omnes paene, contractu innominato inito, eam ex capite causae non secutae in iisdem casibus, in quibus secundum jus Rom. competebat, apud nos quoque locum habere contendunt; sed hac sententia plerumque a principiis, quae ipsi defendunt, discrepant [139]. Si v. c. *Lauterbachius*

139) Qui v. c. Retesii (not. 53 et p. 93. allatam) aut Donelli (p. 92.) argumentationem sequuntur, non possunt non, si sibimet ipsi constare volunt, conten-

hac in re sibimet constaret: secundum eam, quam de pactorum vi apud nos profert, sententiam [140]) et secundum rationes et causas, ex quibus apud Romanos condictionem contractu nominato facto in notatis casibus exulasse credit, etiam in illis casibus contractu innominato facto apud nos condictionem non admittere debuisset. Ait enim [141]): „venditor rem „venditam et emtori traditam hac actione [sc. con„dictione] repetere haud potest, etiamsi emtor pre„tium solvere cesset; venditor enim rem tradit pro„pter praeteritam causam, quia scilicet ex vendi„tione ad hoc erat obligatus.“ Hoc vero argumentum nunc apud nos, ipsa ex Lauterbachii sententia (cf. not. 140.), penitus quoque ad omnes contractus innominatos pertinet, indeque sequitur, talibus casibus etiam contractu innominato facto apud nos condictionem cessare.

Nihilomagis sibi constat *Glückius*. Contendit enim, *a*) apud nos cuicunque pacto (ideoque etiam contractui innominato) eandem vim et obligationem inesse, quae stipulationi Romanae infuerit; et *b*) contractu nominato inito condictionem ces-

---

dere, condictionem apud nos in iis casibus, quos notavi, cessare.

140) *Lauterbach* Coll. Pand. II. 14. §. 64. 68.

141) l. c. XII. 4. §. 8.

sare [142]). Attamen contractu innominato inito et apud nos condictionem locum habere, nulla in dubitatione positum esse opinatur [143].

Iisdem ex causis ea, quae plerique ceteri scriptores, sibimet ipsi contrarii, de condictionis usu afferunt, secundum ipsorum horum scriptorum sententias (si sibi consentanei esse velint) reprobanda et rejicienda erunt; sic v. c. quae referunt:

I. H. Boehmer in Introd. in Jux Digestor. XII. 4. coll. c. II. 14. §. 25. eod. et *Idem* in Doctrina de actt. Sect. II. cap. V. §. 20—22.

---

142) *Glück* Erläuterung der Pandect. T. IV. p. 295. T. XIII. p. 24.

143) L. c. T. XIII. p. 49. *Weberus* (Versuche über das Civilrecht. 1801. p. 41. 42.) condictionem hanc ob causam apud nos locum habere contendit, quia rationi jurique naturali hoc conveniat. At hoc argumentum Weberi sententiâ, saepissime in ejus scriptis occurrente, *quam nec probavit, nec quae probari poterit,* nititur, id scilicet, quod nobis ratione jureque naturali jussum esse videatur, etiam apud nos valere judicemque sequi debere. Ea enim juris Romani praecepta, quae aequitate naturali nituntur, non ideo apud nos valent, quia aequitate naturali nituntur, ut Weberus opinatur, sed ideo, quod apud nos tanquam juris Romani pars recepta sunt, atque juris nostri civilis partem efficiunt.

Hellfeld in Jurisprud. forens. §. 822—824. coll. c. §. 312. (*Mora* ab accipiente commissa Hellfeldius condictionem exulare credit, neque vero accipiente, quominus impleret, *culpa* impedito.)

Hofacker in Princ. jur. Rom. §. 3096. 3097. coll. c. §. 1791.

Günther in Princ. jur. Rom. §. 1117. coll. c. §. 948. in fin. (Expressis verbis Hofacker et Günther ajunt, pacta apud nos plenam vim habere, *eoque* nomine nec pactorum et contractuum differentiam esse: attamen condictionem contractu innominato facto locum habere contendunt.)

Hufeland Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 1808. T. I. §. 566. not. b. c. §. 570. not. e. f. coll. c. §. 372. nro. 2.

Schweppe Roem. Privatrecht. §. 620. not. 2—5. 8. 10—12. coll. c. not. 6. eod. et. c. §. 428. 430. et inpr. c. §. 446. not. 4. [144]).

---

144) *Stryckius* in Us. modern. Pandectar. XII. 4. jam secundum jus Rom. condictionem nostram *semper* non nisi jure poenitendi nixam fuisse contendit, *hacque ex causa* apud nos eam cessare ait. Posterius hoc verum quidem est, sed, uti apparet, falsis argumentis nititur. *Wernherus* quoque (Lectiss. Comm. in Pandect. XII. 4. §. 3.) recte contendit, apud nos condictionem hanc non amplius locum habere nisi

Appendix.

§. 19.

Unum hoc loco breviter adhuc exponendum erit, quod cum praecedente disputatione aliquantulum cohaeret, plerumque vero perperam a scriptoribus definiri mihi videtur.

Emtione venditione contracta, ex quo conventio perfecta est, omne periculum et commodum rei venditae ad emtorem spectat, *isque pretium solvere tenetur*, *quamvis res*, *nondum tradita*, *casu perierit.* Jure hoc singulari non nisi in emtione venditione

tunc, cum et in contractibus nominatis aliisve *negotiis* non ad implendum, sed ad rescissionem atque ad restituendam rem agi possit. Ratione vero eadem falsa, qua Stryckius, utitur, sententiamque suam perperam applicat, condictionem dandam esse contendens, si ob moram ab altero admissam res promissa praestari nequeat. Eandem, quam Wernherus, defendit sententiam *Hertel* in Diss. de poen. in Contr. innom. hodie non locum inv. Ien. 1733. 4. §. 64. sq. Simili modo *Hoepfnerus* quoque in *argumentis* peccat, quae pro sententia, condictionem apud nos cessare, affert. cf. Ejus Comm in Institutt. §. 801. 868. 957. In aliis insuper *Weberus* ad Hoepfnerum §. 868. not. 3. fin. errare videtur.

ditione receptum, ideoque ad hunc duntaxat contractum restringendum esse, communis fere est opinio. Sed certe nullo jure.

Singularis enim juris esse nequit illa definitio, cum

1) possit monstrari, eam ex generalibus juris praeceptis non posse non sequi. Casum enim fortuitum nemo praestare tenetur [145]; sed non nisi is, qui jus aliquod in re vel ad rem habuit, eum sentit, juraque sua rei illius interitu amittit, cum jus sine objecto competere nequeat [146]. Ex eo vero, quod casus fortuitus me juribus meis, v. c. ex obligatione privat, remque debitam, quia periit, exigere nequeo, *nequaquam sequitur, adversarium quoque suis juribus privari, dum ea, quae a me praestanda sunt, existant, atque a me praestari possint.* Talis argumentatio et haec inde ducta consequentia singularis plane esse videtur et exorbitans logicesque praeceptis repugnans. Si ergo ex contractu ab initio plene obligante atque actionem pariente mutuae praestationes debentur, et id, quod ab altera parte mihi dandum est, casu

145) D. 50. 17. (de R. I.) fr. 23. *Thibaut* Pandectenrecht. §. 176.

146) *Thibaut* l. c. §. 175. nr. I.

perit: ego promissis meis stare teneor, dum non intervenit casus, qui me quoque, quominus impleam, impedit. Sequuntur inde jam per se juris Romani de periculo rei venditae praecepta. Hanc ob causam

2) haec de periculo rei venditae praecepta Romani nusquam ad jura singularia referunt, sed ea ut jam ex principiis generalibus sequentia tradunt. Prorsus hoc apparet ex omnibus titulorum Dig. et Cod. de peric. rei venditae (18. 6. et 4. 48.) textibus eorumque structura et dictione. Romanos autem

3) praecepta illa non nisi de emtione venditione agentes proferre, nequaquam contra illam sententiam facit. Nam

a) venditioni, cum gravior et frequentior contractus nominatus esset, *generalia* de conventionibus praecepta, uti occasio ferebat mosque Romanus, raro principia generalia in propria parte generali tractandi, adjungebant, v. c. praecepta de errore, evictione, dolo in negotiis b. f., laesione enormi etc.

b) definitionem illam, alterum, quominus impleret, casu fortuito impeditum tamen ab adversario, quae huic praestanda sunt, exigere posse, in hoc duntaxat contractu exponere

poterant Romani. Nam locatio conductio (mercede ergo pro usu rei vel pro operis promissa) propriis hoc casu utitur regulis (vid. §. 7). Stipulatione autem vel contractu reali nominato vel mandato inito de tali quaestione nequaquam sermo esse poterat, utque societas propriis praeceptis hoc casu regeretur, propria hujus contractus natura ita ferebat [147]).

Contractu quoque *innominato* reali inito propria horum contractuum natura causa erat, cur de tali casu quaeri non posset. Nam ex eis non prius *actio* nascebatur, quam una pars jam *impleverat.* Si ergo v. c. permutatione inita res, quam promiseram, ante dationem casu periit: contra adversarium in hoc, ut, quae ipse daturum se promiserat, mihi daret, agere nequeo; nequaquam vero hanc ob causam, quia adversarium is casus, qui rem *a me* dandam perdidit, liberavit, *sed non nisi ideo, quod mihi nihil superest, quo efficiam, ut pactum in contractum, qui pariat actionem, abeat.* — *In quantum* autem

4) *fieri poterat, atque propria contractuum innominatorum natura admittebat, etiam in hos contractus Romani praecepta de periculo rei*

147) D. 17. 2. (pro socio.) fr. 52. §. 3. 4. fr. 58. pr. §. 1.

venditae trahebant. Hanc ob causam v. c. permutatione inita is, qui jam ex sua parte rite impleverat, si res ab ipso data casu apud accipientem perierat, tamen actione praescriptis verbis ad implendum experiri poterat, hancque ob causam, ut supra expositum est, is, qui impleverat, accipiente casu, quo minus impleret, impedito, data condictione repetere non poterat.

Ex his omnibus jam per se et necessario, si juris Romani praecepta ipsi nobismet constantes cum moribus Germ. scite jungere velimus, consequitur: apud nos *quocunque* contractu oneroso inito (modo non ex eo usus rei vel operae praestandae sint; nam hoc casu praecepta de locatione conductione valebunt), simulac contractus perfectus sit, ad utramque partem periculum praestationis ipsi debitae pertinere, ideoque, si una pars casu impedita implere nequeat, alteram tamen partem ad implendum teneri. Apud nos enim etiam innominato contractu facto re opus non est, ut actio ex conventione nascatur, quae sola causa erat et esse poterat, cur Romani ad contractus innominatos praecepta de periculo rei venditae prorsus trahere non potuerint, quae vero praecepta in tantum ad hos contractus trahebant, in quantum id cum propria eorum natura convenire poterat, quae ergo *apud nos* in tantum

ad hos contractus trahi debent, in quantum id cum horum contractuum natura, quae eis *apud nos* est, convenire potest, i. e. penitus et sine ulla exceptione [148]).

---

148) *Schweppe* Roem. Privatr. §. 430. solus tale quid contendere videtur; at, minus recte, jam secundum sola juris Romani principia.

Addenda et Corrigenda.

Pag. 2 Lin. 5 notae leg. *nulla* pro *nullas.*
— 5 — 3 leg. *in fr.* 45 pro *in* (*fr.* 45).
— 6 — 11 post verb. *implevisset* insere *maximam partem.*
— 10 not. 15 in fin. dele signum interrogationis.
— 13 lin. 1 *ipsi* pro *ei.*
— 14 — 5 lege not. 18 pro not. 17.
— 21 — 5 — — 21 — — 20.
— — — 9 — *et* pro *e. g.*
— 22 — 5 adde principalem, qui in *Institutionibus* occurrit, locum, §. 2. III. 25. de Locatione. Ait hic Gus: — — „sicut vulgo quaerebatur, an permutatis „rebus emtio et venditio contraheretur: ita quaeri so„lebat de locatione et conductione, si forte rem ali„quam utendam sive fruendam tibi aliquis dederit, et „invicem a te utendam vel fruendam aliam acceperit. „Et placuit, non esse locationem et conductionem, „*sed proprium genus contractus*; veluti si, „cum unum bovem quis haberet et vicinus ejus unum, „placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves „commodarent, ut opus facerent, et apud alterum al„terius bos perierit: — — *praescriptis verbis agen„dum est.*"
— 23 lin. 3 dele *ea.*
— 26 — ult. post verba: *omissos esse* insere: aut saltem non ex professo de eis agi (obiter enim eos et institutiones attingunt cf. §. 2. I. 3. 25. (de Locat.).
— 28 not. 29 lin. 11 lege *condictio causa non secuta* pro *condictio causa data* etc.
— 45 not. 50 lin. 2 leg. *cf. not.* 127 pro not. 90.
— 48 — 53 — 1 leg. *promisit.*
— 55 lin. 18 l. *cognitt.* pro *cogniti.*
— 58 not. 65 lin. 1 post *est* pone comma.
— 63 — 73 lin. ult. leg. *explicandum.*
— 66 not. lin. 5 leg. *qui* pro *qu.*
— 69 lin. 4 leg. *illo* pro *hoc.*
— 70 — 12 dele comma.
— 78 — 1 leg. *hic* pro *hi.*
— 80 — 11 leg. *possit. Vera* etc.
— 85 not. lin. 4 leg. *replicatione.*
— 88 lin. 17 pone colon pro commate.
— 99 lin. 10 leg. *innominatos* pro *nominatos.*
— 101 lin. ult. dele *hoc* et lege: *Posteriore vero casu.*
— 110 Rubr. dele tria commata.